Draiton Gonzaga de Souza
Keberson Bresolin
Organizadores

EDUCS

Filosofia e Direito



FILOSOFIA E DIREITO

Draiton Gonzaga de Souza
Keberson Bresolin
(Org.)

FILOSOFIA E DIREITO

Organizadores

Draiton Gonzaga de Souza

Draiton Gonzaga de Souza é bacharel em Filosofia e em Direito. Realizou o mestrado em Filosofia e em Direito. Concluiu o doutorado em Filosofia pela Universidade de Kassel (Alemanha), em 1998, com bolsa Capes-Daad. Realizou pós-doutorado na Universidade de Tübingen (Prof. Dr. Otfried Höffe) e no *Hegel-Archiv*, da Universidade de Bochum (Prof. Dr. Walter Jaeschke), como bolsista da Fundação *Alexander von Humboldt*. Recebeu, em 2003, prêmio do Daad e, em 2013, da Fundação *Alexander von Humboldt* (*Humboldt-Alumuni-Preis*) devido ao engajamento na cooperação acadêmica Brasil-Alemanha. É professor titular e decano na Escola de Humanidades da PUCRS, atuando, na graduação e na pós-graduação, como professor permanente no PPG em Filosofia e no PPG em Direito da PUCRS. É advogado, tradutor público e intérprete comercial concursado para o idioma alemão e vice-diretor do Centro de Estudos Europeus e Alemães – UFRGS-PUCRS-DAAD (CDEA).

Keberson Bresolin

Keberson Bresolin é bacharel em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul (2005) e graduando em Direito na Universidade Federal de Pelotas. Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2006/I – 2007/II). Doutor em Filosofia na PUCRS, com período de estudo na *Eberhard Karls Universität Tübingen,* com bolsa Capes-Daad. Realizou pós-doutorado na *Eberhard Karls Universität Tübingen*, com o Prof. Otfried Höffe, e com bolsa da Fundação *Alexander von Humboldt*. É professor adjunto no Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Pelotas, RS.

EDUCS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
UCS – BICE – Processamento Técnico

F488 Filosofia e direito [recurso eletrônico] / org. Draiton Gonzaga de Souza, Keberson Bresolin. – Caxias do Sul, RS : Educs, 2018.
Dados eletrônicos (1 arquivo).

Apresenta bibliografia.
Modo de acesso: World Wide Web.
ISBN 978-85-7061-936-5

1. Direito – Filosofia. 2. Direito. I. Souza, Draiton Gonzaga de. II. Bresolin, Keberson.

CDU 2. ed.: 340.12

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito – Filosofia	340.12
2. Direito	340

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Carolina Machado Quadros – CRB 10/2236

EDUCS

EDUCS – Editora da Universidade de Caxias do Sul
Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – Bairro Petrópolis – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil
Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95001-970– Caxias do Sul – RS – Brasil
Telefone/Telefax PABX (54) 3218 2100 – Ramais: 2197 e 2281 – DDR (54) 3218 2197
Home Page: www.ucs.br – *E-mail:* educs@ucs.br

Sumário

Apresentação

Este livro tem como mote a relação entre a Filosofia do Direito e o Direito. As contribuições de renomados pesquisadores da área, presentes neste volume, trazem à discussão questões-chave acerca deste relacionamento de longa e rica trajetória histórica. Uma história marcada por muitos consensos e dissensos, dos quais ainda se consegue encontrar formas de aprimoramento. Antes de tudo, a proposta é a investigação do desenvolvimento dessas duas áreas de conhecimento na atualidade, pois sabe-se que, da relação entre áreas do conhecimento, originam-se hipóteses, teses e soluções para os constastes problemas de nossa sociedade.

A complexidade das sociedades democráticas contemporâneas gera várias demandas, sobre as quais nem sempre é possível oferecer respostas e argumentos definitivos e absolutos. A falibilidade dos conhecimentos, entretanto, não é um problema da contemporaneidade; ao contrário, é uma solução ao problema da absolutidade, do formalismo e da rigidez da presunção do conhecimento. Em virtude disso, os diálogos multidisciplinares abrem-se não apenas como uma possibilidade, mas quase como uma exigência para encontrar teses e argumentos robustos.

Neste sentido, a filosofia e o direito buscam, por meio do diálogo, contribuir com a sociedade, na medida em que oferecem teses, argumentos, soluções normativas à infindável pluralidade de relações, que nascem do âmago da sociedade democrática. Elas não podem apenas ser adjuvantes ou atuar de modo paliativo, elas precisam (re)pensar o presente para bosquejar o futuro.

Nesta "pintura", espera-se, desde uma perspectiva performativa, que a autoridade do argumento possa prevalecer frente às demais "autoridades", sejam elas a tradição, o poder, a burocracia, etc. Nesta perspectiva, o diálogo multidisciplinar é fonte de conhecimento novo, no qual e sobre o qual se encontra sua legitimidade, desvencilhando-se de apelos e forças externas a ele para sustentar sua validade.

Dado o contexto atual, roga-se ainda mais a aproximação das duas áreas para pensar, dialogar e oferecer argumentos e possíveis soluções para a estabilidade das relações sociais. Considerando isso, convidamos professores,

pesquisadores e profissionais nas duas áreas, para contribuirem com este livro. Os artigos discutem temas variados das duas áreas, com a verticalidade que elas merecem.

Organizadores
Pelotas/Porto Alegre
Inverno de 2018

1
A exceção, governo e políticas de segurança

Augusto Jobim do Amaral*

Introdução

A vigilância e os controles transnacionais burocráticos estão atualmente trabalhando remotamente para rastrear e controlar até mesmo movimentos populacionais. Para refletir sobre tais políticas de segurança no espaço transnacional, o que se chama de *banóptico* (Didier BIGO, 2006), torna-se fundamental no contexto governamental. Combinando a ideia de "exclusão" (Jean Luc Nancy) com o *panóptico* (Michel Foucault), o *banóptico* indica como as técnicas de criação de perfil são usadas, para saber quem deve ser objeto de vigilância rigorosa. Portanto, este ensaio pretende interrogar as novas práticas governamentais de segurança, desde a exceção e o controle.

Assim, introdutoriamente, para se entender como se instalaram estas novas tecnologias de controle, ou seja, *securitárias*, e de que forma sua lógica, características, (re)configurações, reflexos se realizam, melhor é compreender algo sobre a "história das tecnologias". Foucault já havia alertado, dentro de seus estudos sobre *biopolítica* e *"governamentalidade"*, precisamente sobre os diferentes mecanismos contemporâneos implementados, tendo como mote a *segurança*.

1 Biopolíticas securitárias

Nestes termos, o que podemos entender por *segurança*? O que podemos compreender sobre os *dispositivos* que se implementam e vão sustentar determinada *biopolítica* e *governamentalidade* sobre a *população*? Sabemos que a categoria *biopolítica* é uma matriz de múltiplos sentidos e, como escreve Bazzicalupo (2010), possui enorme mapa conceitual. Todavia podemos entendê-la como a politização da vida que captura o humano, sobremaneira a partir da modernidade indicada por uma ambivalência: a vida tanto como sujeito quanto

* Professor permanente nos Programas de Pós-Graduação em Ciências Criminais e Filosofia da PUCRS.

objeto da política. (CASTRO, 2011, p. 15-37; ESPOSITO, 2011, p. 22-72). Noutros termos, estamos diante do estudo daquela forma de *biopoder,* que se exerce sobre a população, a vida e os vivos e que penetra todas as esferas da existência e as mobiliza inteiramente. (PELBART, 2011, p. 55-60).[1]

Correlato a isto, e para evitar perda de força analítica, como alerta Dean (1999), quando Foucault utiliza o termo *governamentalidade*, alude *três aspectos*: (1) o conjunto constituído pelas(os) instituições, procedimentos, análises, reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer uma forma específica e complexa de poder, que tem por alvo principal a população, através do saber vindo da economia política e que possui os dispositivos de segurança como instrumento técnico essencial. (2) a linha de força que, em todo o Ocidente, trouxe a preeminência do tipo de poder que podemos chamar *governo* sobre todos os demais (soberania, disciplina) e que induziu uma série de aparatos específicos de governo e o desenvolvimento de uma série de saberes. Por último, (3) o resultado do processo em virtude do qual o Estado de Justiça da Idade Média, convertido em Estado Administrativo, durante os séculos XV e XVI, se *governamentalizou* pouco a pouco. (FOUCAULT, 2006c, p. 136).

Assim, de maneira esquemática e já antecipando o que será feito à frente, a tarefa ficaria facilitada desde três movimentos (FOUCAULT, 2006c, 16-21). Se, desde um primeiro caso, podemos ter a *lei* sob a forma de proibição e seu correlato castigo, numa segunda modulação a esta lei pode-se agregar uma *série de vigilâncias e correções* a quem a infringe. Todavia, num momento último, a partir da mesma matriz, aquela mesma lei penal, enquadrada em parte pela vigilância e, por outra, pela correção, desta vez a aplicação da lei, sua

---

[1] Na obra de Foucault, contudo, aparece a categoria *biopolítica* pela primeira vez no ano de 1974, quando proferiu no Brasil uma conferência sobre "o nascimento da medicina social: "o controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade bio-política. A medicina é uma estratégia bio-política." (FOUCAULT, 1979, p. 80). A abordagem foi objeto de concentração ao longo de três cursos no *Collège de France*, a saber, *Em defesa da sociedade* - 1975/76 (FOUCAULT, 2006a), *Segurança, população e território* - 1977/78 (FOUCAULT, 2006c) e *Nascimento da biopolítica - 1978/79* (FOUCAULT, 2008). Mas foi no ano de 1976, com a publicação do primeiro volume da *História da sexualidade: a vontade de poder* (FOUCAULT, s/d.), que o autor francês começou minuciosamente a detalhar sua empreitada, mesmo ano do primeiro seminário referido, no qual apresenta as duas formas de poder: o poder disciplinar e o *biopoder*.

organização preventiva e de correção poderão estar estritamente governadas por uma série de *questões gerenciais* de outro tipo. Como se percebe no argumento de Bigo (2006), ele aponta no atual contexto aquilo que denomina *banóptico*. Combinando a ideia de *exclusão* (*bando*) de Jean-Luc Nancy com o *panóptico* de Foucault, indica como as técnicas de elaboração de perfis são utilizadas para saber quem deve ser objeto de vigilância estrita nas políticas de segurança, no espaço transnacional.

A primeira forma descrita consiste no *mecanismo legal/jurídico*, sistema *arcaico* reinante na Idade Média até os séculos XVII-XVIII, uma partição binária entre o permitido e o vedado, fruto do acoplamento entre uma ação proibida e um tipo de castigo. O segundo mecanismo que poderíamos chamar *moderno*, introduzido a partir do século XVIII, é caracterizado pela vigilância e correção, por fazer aparecer o personagem do condenado. Sobre ele recai o ato judicial de castigo, ademais combinado com uma série de técnicas policiais, médicas, psicológicas, que correspondem à transformação do indivíduo. Aí o *mecanismo disciplinar.* (FOUCAULT, 1987, p. 117ss). A terceira forma, sim, corresponde aos *dispositivos securitários*, diz com uma outra distribuição de uma série de fenômenos, novas formas de penalidade pela inserção do cálculo de custos sobre os limites do aceitável, que colocam uma terceira variável *contemporânea* em jogo, organizadora de uma *biopolítica.* (FOUCAULT, 2006c, p. 15).

2 Para uma história das tecnologias

A avaliação contemporânea sobre como pensar a penalidade deve ser colocada em termos de *segurança*. A relação *econômica* é que se torna fundamental dentro de uma análise de custo da repressão e da delinquência, o que tem provocado, além da multiplicação de mecanismos disciplinares, mas não somente eles, também uma espécie de reativação e transformação destas técnicas, juntamente com as anteriores técnicas jurídico-legais. Uma *nova economia geral de poder* convida a passar pela *segurança* mais estritamente, quer dizer, a um modo de exercer o poder não apenas vinculado nem meramente à partição binária da *inclusão*/*exclusão*, nem relativo aos regulamentos de tipo disciplinar. (FOUCAULT, 2001, p. 54-65; FOUCAULT, 1987, p. 162-165). Está-se diante de problemas como no cenário das epidemias, do

contágio e das campanhas médicas. A *segurança* é, antes, para Foucault, "uma maneira de somar, de fazer funcionar, além dos mecanismos de segurança propriamente ditos, as velhas estruturas da lei e da disciplina". (2006c, p. 26).

Se, de uma maneira esquemática, pudéssemos atrelar a *soberania* aos limites de um *território*, a *disciplina* seria exercida sobre o *corpo* dos indivíduos. Contudo, a sede da *segurança* estaria no conjunto da *população*. Obviamente, isto é dizer pouco, pois o que todos comungam, desde diferentes funcionamentos, é um problema de gestão das *multiplicidades*, de como lidar com o *múltiplo.* (FOUCAULT, 2006c, p. 27-28).

Portanto, o fundamental dos dispositivos de *segurança* tem a ver com o *espaço*, entendido como suporte e elemento de circulação de uma ação, e possui três elementos principais: (1) a *segurança*, como técnica política, acondiciona um *meio* em função de uma série de acontecimentos possíveis, ou seja, regula a *aleatoriedade* inscrita num *espaço* dado. Daí é que vêm situar-se desde o século XVIII as *cidades* como problema central, como espaços de *circulação* da heterogeneidade social e econômica. (FOUCAULT, 2006c, p. 40-44);

(2) da maneira de tratar o *aleatório* e do problema da naturalidade da espécie num meio artificial surge, exatamente, o que se poderá chamar de *biopolítica* ou *biopoder*. É uma nova racionalidade governamental, que aparece atrelada agora ao que se chama de *população*. Desaparece a *escassez* como flagelo, vira uma quimera tratável apenas em nível da *produção*, não em nível propriamente da multiplicidade de indivíduos que vão morrer. A permissividade de deixar que as coisas caminhem, aberta pelo liberalismo, põe como objetivo final a noção de *população*;

(3) a maneira de se *tratar o acontecimento* é completamente outra, no que tange à *segurança*. Resumidamente, a *disciplina* é centrípeta, funciona isolando o espaço, concentrando, circunscrevendo um local no qual seu poder possa atuar plenamente. Já os *dispositivos securitários* têm uma tendência muito importante: *são expansivos*. *A segurança caracteriza-se por ser centrífuga*. A segurança integra novos componentes desenvolvendo circuitos cada vez maiores.

Por outro lado, na medida em que a *disciplina* regula tudo, nada deixando a descoberto, nem mesmo a menor ação, a *segurança* tem a permissibilidade que notamos como traço indispensável: "deixar fazer", mote do *liberalismo*. Sobretudo, a característica diferenciadora é que a segurança "imagina o

negativo": mais importante é antever nos códigos *legais*, nas suas determinações de proibições, um conjunto *negativo* de pensamentos e técnicas.

Ao passo que os mecanismos *disciplinares* trabalham no "complemento da realidade", em sua codificação binária (obrigatório e proibido), a ênfase está muito menos naquilo que não se deve fazer do que exatamente *naquilo que se deve fazer.* No *sistema legal*, o indeterminado é que está permitido, no sistema de regulamento *disciplinar*, o determinado é o que se deve fazer, o resto indeterminado é proibido.

Os *dispositivos securitários*, ao contrário dos dois anteriores, vão funcionar a partir de uma realidade que não trata de adotar o ponto de vista, nem daquilo que se impede nem daquilo que é obrigatório, salta-se a uma distância suficientemente capaz de captar donde as coisas vão produzir-se. "Em outras palavras, a *lei proíbe*, a *disciplina prescreve* e a *segurança* [...] tem a função essencial de responder a uma realidade, de tal maneira que a resposta a anule: a anule, a limite, a freie e a *regule*. Esta regulação no elemento da realidade é, creio, o fundamental nos dispositivos de segurança." (FOUCAULT, 2006c, p. 69).

À diferença de trabalhar no imaginário como a *lei*; de trabalhar com prescrições e obrigações artificiais como a *disciplina*; a *segurança* preocupa-se em atuar na *realidade mesma*. Por isso, o *liberalismo* e sua ideia de *liberdade* estão neste cenário conectados como *ideologia* e *técnica política de governo*. *Liberdade* minuciosamente ditada, não aquela de oposição ao poder contra os abusos do governo, mas aquela convertida em elemento indispensável para o governo e correlata aos *dispositivos de segurança*.

Em linhas gerais, vale afirmar que a arte de governar, como refere Senellart (2006), dispõe a *liberdade* não como um dado pronto a ser respeitado, mas como uma região a ser produzida, regulamentada e organizada: "O liberalismo não é o que aceita a liberdade. O liberalismo é o que se propõe fabricá-la a cada instante [...]." (FOUCAULT, 2008, p. 88). Para tanto, convoca como *princípio de cálculo* o que se chama *segurança*. Deve-se gerir constantemente até que ponto os diferentes *interesses* não constituirão um *perigo* para o interesse dos demais.

O jogo permanente entre *liberdade* e *segurança* é que está no âmago dessa nova razão governamental: a própria economia de poder do liberalismo. As implicações fundamentais do liberalismo estão em arbitrar a *liberdade* e a *segurança* em torno da noção de *perigo* e ter o governo como gestor dos

perigos, ou seja, há o estímulo de "viver perigosamente". O *medo do perigo*, portanto, acaba sendo, segundo Foucault, o correlato psicológico e cultural interno do liberalismo. (FOUCAULT, 2008, p. 91). Esta *cultura do perigo* catapultada pelo liberalismo será a base da enorme extensão dos dispositivos de controle para além da forma do governo liberal *tout court* da qual o *pan-óptico* seria o melhor retrato. Tais dispositivos somente podem funcionar sob a condição de uma *liberdade governada*, preocupada com a gestão do movimento e da circulação.

Devemos insistir pouco mais na diferenciação entre *segurança* e *disciplina*, agora desde o descompasso entre a dita *normalização* disciplinar e a securitária. A *disciplina* analisa os lugares, os gestos, os tempos e as operações, classificando seus elementos em função de objetivos determinados, estabelecendo sequências e coordenações otimizadas, para fixar procedimentos de adestramento e controles permanentes. (FOUCAULT, 1987, p. 177ss). A partir daí, a *disciplina* faz uma partilha entre o normal e o anormal, desde um *modelo ótimo*. O normal, obviamente, é aquilo capaz de se adequar à *norma postulada*. A *norma*, sim, é o fundamental, não a dicotomia em si, por isso seu caráter prescritivo que aludimos. "O que ocorre nas técnicas disciplinares trata-se mais de uma *normação* do que uma normalização" (FOUCAULT, 2006c, p. 76), devido efetivamente ao caráter fundamental e primário da norma.

Porém, o nó crucial dos *dispositivos de segurança* é o *risco*, melhor dizendo, o cálculo de riscos que, por suposto, é diferenciado de acordo com zonas de risco identificadas como mais ou menos *perigosas*. Assim, *perigo* e *risco* estão no centro da questão. *Estatísticas*, assim, poderão instrumentalizar índices e "inundar" os assuntos de segurança pública, com a chamada "criminologia atuarial", pronta a dar respaldo ao discurso oficial do controle do delito de baixíssima intensidade imaginativa, como escreveram Jock Young (2011, p. 10-23) e Jeff Ferrell. (2012, p. 157-176).

Ao inverso do *sistema disciplinar*, em que se parte de uma norma e deduz-se a distinção entre normal e anormal, nos *dispositivos de segurança* há diferentes *curvas de normalidade* que passam a interagir *distintas atribuições de normalidade*. Opostamente, na segurança a primazia está no *jogo das normalidades diferenciais*, e a norma será deduzida apenas depois disto. Por esta

razão, é mais adequado dizer que nas práticas de segurança são, mais propriamente, de *normalização.* (FOUCAULT, 2006c, p. 74-76).

Assim, com alguma força de resumo, o fenômeno da *cidade* tornou-se um problema central, daí o exercício de soberania não poder deixar de passar por outra coisa senão pela *circulação* nas cidades. Já não mais a *segurança* do território soberano, mas a da *população*. Estes mecanismos de *segurança*, agora, não tendem meramente a impor uma vontade, tal como no *ideal do pan-óptico* dos antigos sonhos dos soberanos. A ação governamental passa a ser pautada pela *população*. Personagem político novo, não uma coleção de sujeitos jurídicos em relação de subordinação a uma vontade soberana, mas um conjunto de elementos que se inscreve num regime geral de seres vivos (*espécie humana*) e que servem de referência aos procedimentos de *governo*.

No momento em que o *gênero* humano aparece como *espécie* nasce o *público*. O *púbico* é o campo suscetível, como superfície de agarre, a sofrer a atuação do *governo*, e de um novo domínio de saber que é a *economia política*. Em síntese: sob a sequência *segurança-população-governo* emerge uma nova *arte de governar* assentada na ciência política, dominada por um regime de *técnicas de governo* em torno da *população* e, por conseguinte, em torno da chamada *economia política.* (FOUCAULT, 2006c, p. 77-108).

Mas nada disto dilui o problema da *soberania* nem da *disciplina*. Radicalmente o oposto. Uma sociedade de *governo* apenas plantou em termos mais agudos ainda aqueles antigos desafios. Por isso, o epicentro de uma história que aqui se coloca tem na palavra *governamentalidade* seu ponto principal. Entendida, suma, como conjunto de práticas que permite exercer uma forma complexa de *poder* sobre a *população,* através de instrumentos técnicos essenciais que são os *dispositivos de segurança*. Isto se chama *governo*.

Ademais, ao menos desde os anos 70, do século XX, pode-se notar certa modificação no arranjo das técnicas de segurança, em detrimento dos aspectos disciplinares. Não por outro motivo, a visão do crime desde o comportamento econômico. Por isso, mecanismos de normalização geral e de exclusão dão lugar, como disse Foucault (2008, p. 354-355), a processos oscilatórios "tolerantes", em que a intervenção não seria de sujeição interna, mas propriamente de tipo ambiental.

Temos diante de nós novas *práticas de poder*, principalmente os meios jurídicos, que têm depositado pouca atenção. Será pela lição proposta por Deleuze (DELEUZE, 2006, p. 78-100), ampliando a análise de Foucault, que se deve retomar doutra maneira a reflexão sobre estas três práticas de poder: a *soberana*, a *disciplinar* e, sobretudo, a de *controle*.

Não que a *sociedade disciplinar* tenha acabado – já dissemos à exaustão, e não precisaremos ver o exemplo do encarceramento em massa que acomete nossos países.[2] Mas que já não somos apenas isto: a entrada em cena de novos mecanismos de sanção, educação e tratamento não nos deixa enganar. A configuração de uma *sociedade de controle* não é novidade, ao menos desde os alertas de Willian Burroughs, nos anos 40.

Se não estamos restritos apenas a práticas de *sociedades de soberania*, marcadas mais por decidir sobre a morte do que gerir a vida (FOUCAULT, s/d., p. 125 ss.), certamente também já não estamos mais apenas fixados numa *sociedade disciplinar* de meios tradicionais de *confinamentos.* Sociedades disciplinares são dispostas exatamente pela passagem do indivíduo por *moldes* como a *família*, a *escola*, a *caserna*, a *fábrica*, *hospital* e, notadamente, a *prisão* – formas sociais, portanto, dispostas a concentrar e distribuir o espaço; ordenar o tempo, maximizar a força produtiva de sujeitos disciplinados.

Todavia, não cansamos de proclamar a crises destes arranjos. O que não se nota normalmente de forma ingênua é o fato de que sua própria situação crítica conduz a zonas potenciais de ensaio (MARTINS, 2207, p. 150-151). A condição de crise é que desperta antecipações, metamorfoses e retrata o sempre desenfreado discurso da necessidade permanente de “reforma das instituições”: reforma dos hospitais, da educação, da indústria, da prisão, etc. Portanto, as lógicas punitivas aperfeiçoaram-se.

Se nas *sociedades disciplinares*, como refere Foucault (2006b, p. 15 ss), o olho é posto em todos e em cada um (*omnes et singulatim*), quer dizer, o *poder* é o da *tecnologia pastoral*, que molda a individualidade de cada membro do massa e regula por *palavras de ordem* o rebanho e cada um dos animais; segundo

---

[2] No Brasil, em junho de 2016, eram oficialmente 726.712 presos, terceira população carcerária do mundo, um aumento de mais de 200% desde 2000, com um déficit de 358.663 vagas, ou seja, uma taxa de ocupação de mais de 197%. (INFOPEN, 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil)>.

Deleuze, nas *sociedades de controle*, o essencial não será mais aquilo que identifica o *indivíduo* e o posiciona numa *massa*, mas sim o que importará será a *cifra*, mais propriamente as *senhas* que marcam nosso cotidiano pelo acesso ou rejeição à informação. Em alguma medida, apenas assim acessamos e, sobretudo, somente assim somos acessáveis e acessíveis.

Cartões eletrônicos de todas as espécies: de crédito, para ligar o automóvel, para entrar em casa, no trabalho, apenas para ficarmos em exemplos fugazes. Acessamos bancos de dados e, sobretudo, fazemos parte de milhões deles, multiplicados ao infinito e que demandam suas devidas senhas e registros ópticos ou digitais, demonstrando como os indivíduos podem se tornar "divisíveis" como meras amostras de *mercado*, capazes de antecipar quiçá nossos próprios desejos. Precisaremos refletir muito ainda, como refere Mayer-Schönberger e Cukier (2013), sobre o panorama da revolução que transformará nosso modo de viver, representada pelo *Big Data*. Por isso, numa nova pele da cultura informática de "trocas flutuantes", só sobreviveremos "surfando" freneticamente na rede.

Arremata Deleuze (1992, p. 222) com lucidez incrível: *a velha toupeira monetária é o animal dos meios de confinamento, mas a serpente o é das sociedades de controle.* O *poder* que compõe os meios disciplinares orienta-se em sua rede de galerias, em sua toca múltipla, por isso não vê e não fala: como se fosse uma *toupeira.* (DELEUZE, 1992, p. 89). Diferente é a *serpente*, sinuosa em seus movimentos, sagaz e surpreendente no bote, e que se esgueira maliciosamente nos recônditos do controle absoluto.

Como ressaltado, vivemos aquilo que se poderia chamar de crise das instituições de confinamento. Sendo assim, cabe analisar urgentemente as formas ultrarrápidas de controle ao ar-livre, que se agregam às antigas *disciplinas*. Como não conectar isto à constante metamorfose que opera o próprio capitalismo? De que maneira abrir mão da análise de um sistema imanente que não para de expandir seus próprios limites, que se encontra ampliado e entregue ao seu limite, que é o próprio *Capital*? Será tão árduo assim perceber que os arcaicos *confinamentos* como a prisão, verdadeiros *moldes*, estão ficando *démodé*? Não será porque os emergentes *controles* são muito mais condizentes com este ambiente de *modulações*, de *moldagens* maleáveis e reconfiguráveis continuamente?

Sintetizará Deleuze e seguirá a pista Maurizio Lazzarato (2015): do homem *confinado* ao homem *endividado*. Nada melhor para o poder do capitalismo neoliberal que governar através da dívida (2015). E não se diga que os meios disciplinares tiveram fim. Estas novas forças deverão enfrentar a explosão dos guetos e das favelas, como alerta Wacquant (2001, p. 7-12); quer dizer, deverão governar aqueles que, de certa forma, são pobres demais para alguma *dívida* ou numerosos demais para o *confinamento.* (DELEUZE, 1992, p. 224).

3 Governo & segurança – como exceção

Virilio (1996), acertadamente, desde muito alertava para as formas ultrarrápidas de controle ao ar-livre, apostas nos ambientes securitários. Numa cidade *superexposta*, com indivíduos *sobre-excitados*, será em locais privilegiados de trocas e comunicações, como são os aeroportos, que verificamos zonas de forte experimentação do controle e da vigilância máximos (1993). Através desses espaços, verificam-se as manobras de grandes corporações aliadas a estratégias políticas de fortalecimento da informática e da biométrica, como mecanismos de vigilância, incidindo sobre movimentos transfronteiriços de indivíduos determinados. (BIGO, 2006, p. 34).

Assim, como fica evidente, não se trata mais de isolar o suspeito pelo encarceramento, já que se trata, sobretudo, de *interceptá-lo em seu trajeto*. Os atuais e redistribuídos poderes de controle são novos arranjos melhorados, que as técnicas de outrora jamais imaginaram sonhar. Os atuais bancos de dados paradoxalmente denunciam bem a nova lógica: você só poderá garantir sua entrada em algum deles – e atualmente grande parte das conexões sociais são por eles regidas – se suas credenciais forem oferecidas e suas informações disponibilizadas para que ali, estando plenamente contido, consequentemente possa idealmente se movimentar. Os habitantes do pós-panóptico digital, assim, imaginam-se em total liberdade.

No sentido da gestão das novas tecnologias de controle, parece necessário refletir, como faz Didier Bigo (2006), particularmente sobre as políticas de segurança no espaço transnacional e, sobretudo, pensar em como a regra do estado de emergência fundamentada em *discursos policiais, militares, alfandegários e judiciais* (2006, p. 43), se alicerçada nas narrativas de defesa da

livre-circulação de sujeitos e mercadorias em espaços transnacionais, de maneira vinculada ao controle contínuo e à distância sob a ideia de exceção.

O controle de circulação de *imigrantes, minorias e daqueles que buscam asilo* operacionaliza um novo campo de controle estabelecido na criação de imagens de novos inimigos, *campo* que transborda para além de fronteiras. Os subterfúgios do terrorismo, do crime organizado, do tráfico de drogas ou de muitas outras construções narrativas de controle emergencial permitem que regras de exceção materializem suas tendências e se tornem permanentes, através do exercício da exclusão definitiva de determinados grupos de sujeitos.

Em nome da segurança e diante da hipótese de futuros comportamentos "perigosos", forma-se o *banóptico*. Trata-se de uma *normalização securitária* produto da *exclusão* (*bando*) de Jean-Luc Nancy (1983), com o *panóptico* de Foucault, que indica como as técnicas de elaboração de perfis e a transnacionalização das burocracias de vigilâncias configuram novas formas de dominação, através de redes *heterogêneas e transversais* de controle, propostas a vigiar e controlar os movimentos de forma ampla, mas que ocultam em sua oposição o policiamento de um número reduzido de pessoas. (BIGO, 2006, p. 6).

Reconhecer a história das tecnologias, como fizemos, exige considerar também que a própria noção clássica de Estado e de soberania foi flexibilizada pela transnacionalização de burocracias das agências de controle que se estabelecem ao menos em três critérios: *no desenvolvimento de práticas de exceção, na elaboração de perfis, no controle de estrangeiros e na normatização da mobilidade.* (BIGO, 2006, p. 6).

Operacionalizadas através do regime de veridição de insegurança, as mudanças implicadas nos agentes de vigilância estatais relacionam-se cada vez mais com atividades que asseguram o controle transfronteiriço. O que significa dizer que, através da produção desse regime de verdade e através da declaração de combate às atividades, que *legitimam* o medo e a insegurança nacional, verifica-se que os profissionais da *(in)segurança* criam estratégias para extrapolar os limites territoriais. É através das agências de inteligência e dos procedimentos de controle de circulação de sujeitos e mercadorias, que as burocracias desenvolvem suas fontes de conhecimento e de poder simbólico na transnacionalização de suas operações. É o delineamento de território apagado pelo estado de emergência que visa a controlar *populações.* (BIGO, 2006, p. 6).

Em suma, quanto mais dados forem fornecidos mais livremente a pessoa poderá se movimentar. E, numa sociedade em que a liberdade é incitada, tão "livremente" seremos controlados, a ponto de se conseguir como faz o *Big Data*, pela combinação de bases de dados, antecipar os gostos e desejos de qualquer um. Talvez os bancos de dados, agora com fins criminais, apenas escancarem e denunciem o real que esta *sedução à vigilância* pode acarretar. Aparentemente sem coerção, globalmente, como afirma Byung-Chul Han, somos expostos à vigilância e ao controle em um grau jamais visto (2017).

Apesar dos novos instrumentos de controle bloquearem acessos de forma igual a todos os sujeitos, quando não fornecidos os elementos mínimos exigidos pela tecnologia, é necessário compreender que o controle de todos não é a prerrogativa desses mecanismos, mas eles são e estão pautados em pressupostos de alargamento de vigilância, nos quais vigia-se o maior número de pessoas possível, na expectativa de controlar propriamente os movimentos – imediatos e futuros – de um número reduzido de sujeitos. Entre as novas faces da redistribuição dos poderes de controle, verifica-se que a seleção ou definição dos sujeitos implicados na lógica da *(in)segurança internacional e do policiamento da era global* (BIGO, 2006, p. 35) se dá através da elaboração de perfis traçados não necessariamente pelo poder punitivo, mas numa roupagem burocrático-administrativa.

O modelo panóptico digital, pode-se dizer, está mais vivo que nunca, goza de boa saúde e, tal como um *cyborg*, é dotado hoje de uma musculatura melhorada eletronicamente. Controlar o ambiente hoje traz consigo, como afirma Virilio (VIRILIO, 1996, p. 56-57, p. 122-123), uma verdadeira "dromopolítica", em que a velocidade da luz passa a ser o paradigma temporal, em que um saber/poder será ainda mais adequadamente complementado com um poder/mover.

A "videoscopia" numa *sociedade transparente*, com seu papel principal de iluminar, oferece a visão direta de um lugar eletromagneticamente e desempenha um papel de fenômeno de pura transmissão, que torna supérfluo aquilo que se ilumina, seja ele um lugar ou um homem. (VIRILIO, 1993a, p. 13). Desprezada a dimensão física, tudo torna-se dado informacional. Somos cindidos, mas agora numa "psicopolítica" de ordem inédita (HAN, 2014) e, sobretudo, convertidos em fragmentos "dividuais" de fluxos de informação. Se

ainda conseguíamos perceber um espaço de perspectiva com a *disciplina* do panóptico, numa *sociedade da transparência* absoluta, de controle pelos meios tecnológicos digitais, a supervisão é que se torna ilimitada e permanente.

Assim, emerge o *banóptico* como negação do território consistente, no exercício de um novo método de vigilância, no qual o

> dispositivo aparece como uma montagem virtual (*morphing*) de todas as posições dos indivíduos no processo de fluxo. De uma imagem inicial (do imigrante, dos jovens do gueto) a uma imagem final (do terrorista, do traficante), todos os passos de transformação são reconstituídos virtualmente. Neste sentido, o dispositivo flui em vez de examinar corpos. Como o dispositivo panóptico, este dispositivo *banóptico* de "montagens" produz um conhecimento, bem como declarações sobre ameaças e sobre segurança que reforçam a crença na capacidade de decifrar, antes mesmo próprio indivíduo, quais serão suas trajetórias e seus itinerários. Este dispositivo depende do controle de movimento mais do que o controle da ação em um território. (BIGO, 2006, p. 44, tradução nossa).

Somos em alguma medida inundados por um tempo de exposição, que se sobrepõe à realidade física. *Transparência* dos meios ópticos que agora fazem, de fato, aparecer através deles, portanto, dar a ver as aparências transmitidas instantaneamente a distância, não meramente como faz o ar, a água ou o vidro, mas transmitindo eletronicamente a aparência das coisas. (VIRILIO, 1993b, p. 102; VIRILIO, 1993a, p. 86). Uma aparência tornada, sem esforço algum, uma *evidência* desde sua nova *forma-imagem*.

Quando o espaço comprime-se ao extremo, é o *controle absoluto* que é entrevisto, onde tudo permanece, em seu frenético movimento, controlado. Facilmente se percebe o *estático* no *deslocamento contínuo*, ou seja, uma espécie de invenção da imobilidade móvel. (VIRILIO, 1993a, p. 33). Diante da hiperaceleração da sociedade da informação, da exposição plena transparente, o alvissareiro *triunfo do controle* parece agora definitivo. O homem assim "mediado" encontra aí seu meio ambiente último. (VIRILIO, 1993a, p. 122, 116).

A *interface* das telas de controle dos dados informáticos dá a tônica da transformação. E as instituições sociais de controle, sediadas fisicamente em algum lugar, hoje apenas representam fragmentos da crise maior das próprias dimensões físicas. Outro momento tomou conta, aquele das novas instâncias de controle, que realizam a percepção dos objetos humanos. (VIRILIO, 1993b, p. 48).

Em rigor, o que a caserna, o hospício e a prisão, para além do problema de exclusão e enclausuramento, foram chamados a responder – e que nos dias de hoje vem alcançando uma visibilidade inédita – diz respeito à tentativa de resolver um *problema de circulação.* (VIRILIO, 1996, p. 23). Instituições que não somente se modificam em seu interior, mas que também se adaptam às novas demandas de controle, como a da *dominação globalizada* (BIGO, 2006, p. 7), produzem dispositivos que podem ser reconhecidos como *novos espaços penitenciários* – vide as "zonas de espera" (*waiting zones*) de aeroportos que reproduzem as mesmas condições carcerárias da prisão, mas sem a condenação através do devido processo legal. (BIGO, 2006, p. 7).

Uma *sociedade transparente*, alcançada pela supervisão excessiva e fruto da exposição de tudo e todos, como escreve Han (2017, p. 110), não apenas destruirá qualquer base de confiança mútua, mas necessitará fomentar intensamente a suspeita. Daí a exigência do controle. Uma *sociedade da suspeita* é aquela que põe fora de circulação, *expropriando a vida* ao abandono, aquele que *não tem outra identidade que não seja sua falta de identidade*, aquele posto ao *esquecimento* como *condição miserável do ser*, cuja própria miséria é o que fomenta o esquecimento.

Como frisa Nancy, *imóvel e mudo*, *esfinge de pedra* abandonada que se entrega ao poder soberano e a sua sentença, que lhe veda o retorno. Seu modo de inclusão se dá na medida da sua exposição aos *rigores sem limites da lei*. Assim, se antevê a *vida nua* do excluído fora da circulação. (NANCY, 1983, p. 6). A retórica antiterrorista, ou a ameaça constante de crimes, sempre com a previsão de gravidades incalculáveis, ocultam a ordem de manter afastado o *estrangeiro pobre e o refugiado* (BIGO, 2006, p. 44) o mais distante possível, através do controle de mobilidade das populações. Em suma, é *o abandono pela lei soberana do Estado permanente de emergência*.

Enfrentamento que hoje naturalmente pode bem dispensar os arcabouços institucionais para se intensificar. O extermínio do espaço com a *guerra pelo tempo*, em que um *estado de urgência* é tomado automaticamente como *política* ou *razão de estado*, eleva a "violência desta velocidade" como o "lugar da lei". (VIRILIO, 1996, p. 130, 137).

Nada distante de uma espécie de *sociedade da sensação* tão bem descrita por Türcke, como quer fruto inseparável do estado de inquietude geral, de

excitação e de efervescência constantes. (TÜRCKE, 2010, p. 9). Mobilizar subjetividades neste cenário pelo medo (ŽIŽEK, 2008, p. 40), que é a própria insegurança correlata do controle e das liberdades limitadas, talvez seja o operador mais fácil de se identificar.

Estamos todos *integrados* nesta exposição permanente de tudo, compelidos a emitir informações. Compartilhar para existir talvez seja a marca original desta *integração/globalização microeletrônica*. Sempre importante o alerta de Adorno sobre as falácias da integração:

> O genocídio é a integração absoluta que se prepara por toda parte onde os homens são igualados, aprumados, como se costuma dizer na linguagem militar, até que as pessoas literalmente os exterminam, desvios do conceito de sua perfeita nulidade. Auschwitz confirma o filosofema da pura identidade com a morte. (2009, p. 300).

O extermínio, portanto, é o modo como o abandono alcança toda jurisdição. O excluído submete-se à lei em sua totalidade, é banido ao esquecimento, elimina-se qualquer rastro de memória possível, não há recordação, anula-se qualquer hipótese de lugar designado, "garantindo-lhe somente a permissão do olhar lançado para um local que não tenha o que se ver". (NANCY, 1983, p. 141-142, tradução nossa). Atualmente, pensar o extermínio através do abandono é refletir sobre as promessas da livre-circulação que se elaboram como meio de legitimar a violência da exclusão, questionando necessariamente quem não é contemplado pelos mitos da liberdade das regras suspensas pela emergência da restrição.

Os "excluídos", antes de tudo, sempre foram integrados às sociedades. Deve-se frisar a ideia de que é necessário antes integrar para haver a posterior exclusão, quer dizer, a integração é "fator primário de adaptação forçada [...] [relacionado] com a natureza da moderna socialização capitalista". (TÜRCKE, 2010, p. 61). Somente poderá ser excluído aquele que anteriormente já estava integrado às coerções do grupo como um todo. O instante social que se firmou privilegiado e diferenciador desta agregação foi o mercado. Para além de um local de simples troca de mercadorias, o seu poder de seleção tem, como precondição, este poder de integração.

Decisivo é atinar para a imbricação integração/exclusão. Algumas desagregações, como a do estado de bem-estar social, da própria prisão, são evidentes; entretanto, tudo que desmorona são "integrações secundárias", nas quais a própria base permanece incólume – o poder de integração primário, a força de sucção do mercado. Se a exclusão é degradante, não menos grave poderá ser a dita integração, tão abrangente e óbvia quando pouco percebida.

Assim, sobre a ampliação do controle ligada à gestão do movimento, busca-se antecipar comportamentos futuros. As tecnologias securitárias, que se moldam a partir de novas práticas de poder, também estabelecidas na vigilância a distância, criam "zonas de esperas" transnacionais. Esses espaços são destinados para que sujeitos, que por elementos quaisquer – cor de pele, sotaque ou "atitude suspeita" –, sejam convocados pela voz da lei para retirarem-se do país. É através dos mecanismos de controle a distância que se administra como política de segurança movimentos populacionais. As ferramentas de poder se alteram constantemente, mas se destacam pela banalidade de sua atribuição "administrativa", como mecanismos burocráticos comuns: "vistos, controles de companhias aéreas, deportação e readmissão". (BIGO, 2006, p. 20).

Enfim, entram em jogo novos tipos de dispositivos. Dirá uma vez mais Deleuze: "Face às formas próximas de um controle incessante em meio aberto, é possível que os confinamentos mais duros nos pareçam pertencer a um passado delicioso e benevolente". (DELEUZE, 1992, p. 216). Da crise generalizada dos meios de confinamento e das sempre urgentes "reformas" é que nascem as novas configurações de controle. Pouco importará perguntar o que é pior – devendo-se temer ou esperar –, mas se impõe buscar novas ferramentas e surpreender, a todo momento, estes incipientes agenciamentos coletivos. (DELEUZE, 1992, p. 220).

Palavras conclusivas: três teses para começar

1. Acompanhamos o alerta de Agamben (2014, p. 333-351) quando aduz que o *campo da segurança*, além de mobilizar todos a abrir mão daquilo que não teríamos motivos para aceitar, é diretamente hoje representação de uma *tecnologia permanente de governo*. Este

arrepiante e ficcional estado, no qual convergem as razões securitárias, faz identificar a normalidade com a crise, e qualquer instante de decisão que não seja a da perpétua exceção desaparece. E, se atualmente numa *sociedade de controle* em que o princípio secreto é aquele de que "todo o cidadão é um potencial terrorista", precondição da suspeita e da politização da vida nua a qual já referimos, não haverá como nos aproximar doutra maneira dos debates mais rigorosos sobre o posicionamento com relação à justiça e ao poder judicial, principalmente em contexto latino-americano;

2. é fundamental, em suma, que, através do conceito de *banóptico,* se possa apontar como as técnicas de elaboração de perfis são utilizadas para saber quem deve ser objeto de controle direto. Tais práticas transnacionais trabalham agora a distância para rastrear até mesmo os movimentos de populações inteiras. O resultado não é apenas o de pessoas excluídas por um determinado Estado-nação, senão por um conglomerado amorfo de poderes globais. O diagrama estratégico consiste em determinar uma minoria como excluída, desde discursos de riscos e inimigos internos, e pelo cruzamento de leis e medidas administrativas que singularizam o tratamento de determinados grupos. Em resumo, três elementos constituem este poder excepcional: a *regra do Estado de emergência*, a *seleção que exclui categorias sociais inteiras* por seu comportamento social futuro e a normalização de grupos não excluídos, mediante a *crença na livre circulação de bens, capitais, informação e pessoas*;
3. é certo que vivemos processos de saturação de uma lógica centrada num dispositivo geral de *governo*, tal como instalado desde ao menos o século XVIII. Mas o momento atual faz parte exatamente da instância preparatória para novas dinâmicas acerca do custo econômico do exercício das liberdades. Novas práticas podem evidenciar antigos equívocos, camuflados por aquilo que descreve Foucault como "dispositivos liberógenos" (FOUCAULT, 2008, p. 93) que, supostamente destinados a produzir liberdade, produzem exatamente o inverso. Por fim, parafraseando Deleuze, *que a cegueira das toupeiras não nos desmobiliza para bote da serpente*.

Referências

ADORNO, Theodor W. *Dialética negativa*. Trad. de Marco Antonio Casanova. Rev. téc. de Eduardo Soares Neves Silva. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. *L'uso dei corpi* (Homo sacer, IV, 2). Vicenza: Neri Pozza, 2014. p. 333-351.

BIGO, Didier. Globalized (in)security: the field and the banopticon. In: SAKAI, Naoki; SOLOMON, Jon (Comp.). *Traces 4: Translation:* biopolitics, colonial difference. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2006.

DELEUZE, Gilles. *Conversações* (1972-1990). Trad. de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 1992.

DELEUZE, Gilles. *Foucault.* Trad. de Cláudia Sant'Anna Martins et al. São Paulo: Brasiliense, 2006.

FOUCAULT, Michel. *O nascimento da biopolítica:* curso dado no Collège de France (1978-1979). Edição estabelecida por Michel Senellart sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *É preciso defender a sociedade:* curso no Collège de France (1975-1976). Trad. de Carlos Correia Monteiro de Oliveira. Lisboa: Livros do Brasil, 2006a.

FOUCAULT, Michel. *Omnes et singulatim* [para uma crítica da razão política]. Trad. de Selvino J. Assmann. Desterro: Nephelibata, 2006b.

FOUCAULT, Michel. *Seguridad, territorio, población:* curso en el Collège de France (1977-1978). Edicción establecida por Michel Senellart, bajo la dirección de François Ewald y Alessandro Fontana. Trad. de Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006c.

FOUCAULT, Michel. *Os Anormais:* curso no Collège de France (1974-1975). Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Valério Marchetti e Antonella Salomoni. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. 19. ed. Trad. de Raquel Ramalhete. Petrópoles: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* Org. e trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1:* a vontade de saber. 13. ed. São Paulo: Graal, 1999.

HAN, Byung-Chul. *Sociedade da transparência.* Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica*: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder. Barcelona: Herder, 2014.

LAZZARATO, Maurizio. *Gobernar a través de la deuda:* tecnologías de poder del capitalismo neoliberal. Buenos Aires: Amorrortu, 2015.

MARTINS, Rui Cunha. *El método de la frontera*: radiografía histórica de un dispositivo contemporáneo (matrizes ibéricas y americanas). Traducción de Manuel del Pino. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2007.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big data*: una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere – e già minaccia la nostra libertà. Milano: Garzanti, 2013.

NANCY, Jean-Luc. *L'imperatif catégorique.* Paris: Flammarion, 1983.

SENELLART, Michel. *As artes de governar:* do regimen medieval ao conceito de governo. Trad. de Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 2006.

TÜRCKE, Christoph. *Sociedade excitada*: filosofia da sensação. Trad. de Antonio A. S. Zuin et al. Campinas: Unicamp, 2010.

VIRILIO, Paul. *A inércia polar*. Lisboa: Don Quixote, 1993a.

VIRILIO, Paul. *O espaço crítico e as perspectivas do tempo real*. Trad. de Paulo Roberto Pires. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993b.

VIRILIO, Paul. *Velocidade e política*. Trad. de Celso M. Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

WACQUANT, Loïc. *Os condenados da cidade*: estudo sobre a marginalidade avançada. Trad. de João Roberto Martins Filho et al. Rio de Janeiro: Revan/Fase, 2001.

2
Bioética, biodireito e a dignidade da pessoa humana na sociedade moderna

Cleide Calgaro[*]
Luis Fernando Biasoli[**]

Introdução

O presente trabalho busca fazer um paralelo entre a bioética e o biodireito no campo jurídico e ético, vislumbrando a dignidade da pessoa humana. A problemática envolve as novas tecnologias que são utilizadas na sociedade moderna atual, que exigem o desenvolvimento do direito e da ética em questões que envolvem a vida do ser humano e o futuro das pesquisas científicas. Mais do que nunca, faz-se necessário refletir com seriedade e responsabilidade sobre o impacto dos novos desafios advindos do mundo tecnológico e analisar suas profundas implicações nos campos político-jurídicos à luz das contribuições e dos debates da reflexão ética.

Sabe-se que o direito busca, como fim, respeitar a vida dos seres humanos, visto que a mesma é um direito fundamental individual inserido no ordenamento pátrio brasileiro. A ética, sobremaneira, deve nortear as pesquisas científicas, no intuito de que as pessoas e o material humano não sejam manipulados de forma

[*] Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Pós-Doutora em Filosofia e em Direito, ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutoranda em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestra em Direito e em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Atualmente é professora e pesquisadora no Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado – e na Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa "Metamorfose Jurídica". CV: http://lattes.cnpq.br/8547639191475261. *E-mail*: ccalgaro1@hotmail.com

[**] Possui graduação em Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2005) e Filosofia pela Faculdade de Filosofia Nossa Senhora Imaculada Conceição (1996). Defendeu a dissertação de Mestrado (2008) e a tese de Doutorado (2011) em Filosofia, na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) sobre o racionalismo cartesiano. Professor na Universidade de Caxias do Sul (UCS) e Faculdade Fátima. Participa do Observatório Cultura de Paz, Direitos Humanos e Meio Ambiente na Universidade de Caxias do Sul (UCS), em convênio com a Universidade Católica de Brasília (UCB). Coordena o curso de pós-graduação *lato sensu* em Bioética na UCS. Desenvolve pesquisas sobre justiça, liberdade, democracia e direitos humanos, a partir de um viés interdisciplinar nas áreas de Ética, Bioética e Biodireito. Atualmente, desenvolve estágio pós-doutoral na PUCRS, sobre Ética e Política no Século XVII.

indevida e discricionária em prol do poder econômico que é, altamente, preocupante, na atualidade do mundo globalizado. Dado que se vive numa sociedade complexa e altamente capitalista e monetarizada, primeiramente será dissertado sobre quais as contribuições que a reflexão ética pode trazer, para contribuir com o amadurecimento e a implantação de regras jurídicas que protejam a vida. Depois, investigar-se-á o nascimento da bioética e suas contribuições para a defesa da dignidade humana, como também se elencará uma reflexão crítico-sistemática sobre os aportes trazidos pelo biodireito a esse tema. Por fim, investiga-se: Quais os marcos legislativos fundamentais do constitucionalismo brasileiro para a defesa da dignidade da vida humana?

Apesar das dificuldades enfrentadas pela sociedade civil, na defesa das grandes conquistas da proteção da dignidade da vida, a reflexão bioética e o Biodireito são uma garantia fundamental para que haja a efetiva dignidade humana, pois sabe-se dos abusos constantemente sofridos, para garantir o desenvolvimento científico-tecnológico de uma sociedade que se pauta, exclusivamente, no poder econômico em detrimento do social e coletivo. A sociedade deve buscar políticas que visem a assegurar a aplicação das tecnologias de forma ética.

O método aqui utilizado é o analítico-dedutivo, tendo como objetivo o estudo de doutrinas que têm a dignidade da pessoa humana como centro de sua visão-de-mundo. Por meio desse método teórico, analisa-se a bioética e o biodireito num viés histórico-filosófico, à luz das principais correntes de pensamento, que marcaram a ética ocidental, para posteriormente analisá-las sob o viés jurídico, no que se refere à proteção da dignidade da pessoa humana.

1 Prolegômenos à bioética e ao biodireito

A ética é uma reflexão sistemático-crítica sobre o agir humano e sobre seus limites, por meio da razão humana. Diferentemente das ciências empírico-formais que são marcadas pelo determinismo das leis naturais, a reflexão ética se defronta com a grandeza e as possiblidades da liberdade humana. O problema ético-moral surge da capacidade humana em poder tomar decisões ou escolher entre alternativas contrárias e, por vezes, difíceis e complexas. O poder de tomada de decisão é um dos maiores elementos diferenciadores do homem,

com o restante dos seres da natureza que são regidos, simplesmente, pelos instintos deterministas biológicos ou pelas leis físicas da causalidade estrita.

Sabe-se que a reflexão ética nasce na Grécia antiga, como uma forma privilegiada de pensamento que busca problematizar e fundamentar o agir prático, para além das respostas mítico-religiosas correntes e do senso comum, usuais nos primórdios da civilização humana. Os gregos defendiam que a problemática ética ou da fundamentação do agir humano está, intrinsecamente, ligada à dimensão naturalmente gregária e política do homem, ou seja, o ser humano é "por natureza um animal social, e um homem que por natureza, e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade". (ARISTÓTELES, 1997, p. 15).

Os pensadores gregos da Antiguidade eram unânimes ao defender que a cidade ou a *pólis* era o espaço no qual a vida humana se plenificava verdadeiramente, e onde ocorriam os grandes e profundos dilemas do agir humano. Assim, é dentro do espaço privilegiado e complexo da cidade que se dão os grandes dilemas e paradoxos que marcam e desafiam a reflexão sobre a fundamentação última do agir humano. Sem a vida em sociedade, não há o problema ético, ou seja, não faz sentido se perguntar sobre qual ação é justificada moralmente, ou seja, quando o homem vive sozinho e isolado, fora dos muros da cidade, a problemática ética se torna irrelevante. Para Aristóteles, um dos grandes teóricos gregos que dissertou sobre a ética, as ações humanas se completam sempre em vista a um fim; por isso, sua ética tem um caráter teleológico, na qual a realização da finalidade é o ápice da vida ética, e o bem máximo se realiza dentro da cidade ou *polis*.

> [...] Toda cidade é uma espécie de comunidade, e toda comunidade se forma com vistas a algum bem, pois todas as ações de todos os homens são praticadas com vistas ao que lhes parece um bem; se todas as comunidades visam a algum bem, é evidente que a mais importante de todas elas e que inclui todas as outras tem mais que todas este objetivo e visa ao mais importante de todos os bens; ela se chama cidade e é a comunidade política. (1997, p. 12).

A política é o espaço primeiro onde a vida ética se efetiva, plenamente, ou ganha sua substancialidade, pois enquanto não há um poder normativo disciplinador que imponha penas e sanções concretas, vive-se, ainda, na dimensão subjetiva e abstrata das relações superficiais. Quando se busca uma

resposta para a pergunta ética: Qual a coisa certa a se fazer? Deve-se ter em conta que esta resposta se efetiva, verdadeiramente, dentro de uma cidade, e, sobretudo, só dentro da *pólis* é que se pode dar a instituição de normas justas de convivência, pois é, lá, que se encontram todas as variáveis que se deve levar em conta, para um agir ético fundamentado criticamente. As soluções encontradas pelo pensamento ético-hegemônico dos gregos, e que influenciou a tradição, passam por um caminho teleológico-finalístico. O agir correto, portanto, está correlacionado com a atualização da potencialidade inscrita em cada ser ou em cada ente que existe na natureza. Assim, quando se dá a realização dessa potência, está-se falando em virtude que, como se sabe, para Aristóteles está na mediania, no equilíbrio ou no meio-termo.

O paradigma ético-cristão que está na base da moral ocidental é devedor, em grande parte, da matriz ética greco-romana, para quem o bem está intimamente ligado à finalidade. Na moral do cristianismo, o sumo-bem está, intrinsecamente, conectado com a vontade divina. Busca-se um espelhamento entre a vontade humana e o que seria a vontade divina. O homem pratica ações moralmente boas, quando realiza a vontade divina.

Contudo, essa visão ética teleológico-finalística encontra grandes críticas na Modernidade iluminista e passa por profundas contestações. Kant, por sua vez, defende uma moral sedimentada na boa vontade e no imperativo categórico, que faz da possibilidade de universalização da ação humana e no dever, o critério que distingue uma ação moral de uma ação não moral. Para Kant (2009, p. 127), “o dever é a necessidade de uma ação por respeito à lei”.

Assim, o ser humano, para ser moral, deve pautar suas ações com boa vontade e universalidade, ou seja, não se balizando, necessariamente, pelas consequências decorrentes de sua ação. O que garante a moralidade da ação é o móbil da ação. O pensador iluminista não está preocupado com as derivações advindas das ações, ou seja, as consequências e os impactos das ações. O que implica que ações tidas como morais, aos olhos das pessoas, podem não estar satisfazendo o que, para Kant, é o determinado para uma ação ser moral. Passa-se de uma moral da exterioridade ou da finalidade, para um pensamento que busca justificar as ações morais na interioridade do ser humano. Essa matriz de pensamento é conhecida como deontológica, pois tem no dever seu fundamento último, para balizar a ação moral. Segundo Kant,

> [...] uma ação por dever tem valor moral *não no intuito* a ser alcançado através dela, mas, sim, na máxima segundo a qual é decidida, logo não depende da realidade efetiva do objeto da ação, mas meramente do *princípio do querer*, segunda a qual a ação ocorreu, abstração feita de todos os objetos da faculdade apetitiva. (2009, p. 125, grifo do autor).

Ao fundamentar a moral na universalização do imperativo categórico e na boa vontade, pode-se criticar o autor da *Crítica da razão prática,* por estar defendendo uma moral, estritamente, formal-abstrata, destituída de todo conteúdo histórico-institucional, que é imprescindível para a normatização da vida ética em sociedade. O percurso da consciência na história humana deixa de ser valorizado como consequência das formulações kantianas. Passa-se a entronar, como princípio supremo da moralidade, uma fórmula destituída da concretude da substância ética, situada no aqui-agora do espaço-temporal da História humana. O sujeito moral abstrato kantiano se impõe como norma ético-moral, destituído de todas as implicações prático-históricas.

Essa visão reducionista e parcial da moral, que pretende descrever as leis da razão na sua dimensão prática, parece ser muito idealista no sentido de não dar conta das ambiguidades histórico-críticas que estão sempre presentes na vida das pessoas e das sociedades, negligenciando as individualidades culturais de cada povo, no seu devir histórico. Já que para Kant (2009, p. 133), "nunca devo proceder de outra maneira senão de sorte que possa também querer que a minha máxima se torne uma lei universal".

Na contramão dessas visões, há formulações críticas como as de Nietzsche e Freud que, a seu modo, externalizam intelectualmente as dificuldades para a construção de uma sociedade ética nesses termos legados pela tradição do pensamento ocidental. Mostrando que a ética é uma construção humana e que tem uma genealogia que pode ser dissertada pela história, ou seja, a ética que tinha um fundamento cosmológico na Grécia antiga ou na razão humana no Iluminismo, vê-se desnudada. Uma crítica contundente, em nossos dias, que engloba a história da ética foi enunciada por Sloterdijk, que sustenta que desde os gregos com suas obras clássicas como *A República,* de Platão, o que há são discursos éticos, com suas variantes, que sustentam que a comunidade humana é como um parque zoológico que seria também um parque temático (2000).

Ainda nessa linha de busca por novas fundamentações da moral, Habermas critica Kant afirmando que as teorias deontológicas pós-kantianas "ainda poderiam explicar muito bem como as normas morais devem ser fundamentadas e aplicadas; no entanto, elas não são capazes de responder por que devemos *efetivamente* ser morais". (2004, p. 7, grifo do autor).

2 Biodireito e bioética

O pensamento ético de Kant pode ser compreendido como o pilar principal da Modernidade filosófica, que tem a Revolução Industrial como seu correlato no campo prático-científico e a Revolução Francesa no terreno sociopolítico. Com o advento das grandes transformações capitalistas, a moral foi desafiada a dar diferentes respostas para os novos dilemas advindos com as conquistas do paradigma tecno-científico. Assim, a reflexão ética e o direito tiveram que incorporar outras realidades que não eram vislumbradas em seu espectro teórico.

As matrizes éticas antigas e modernas no século XX foram desafiadas por adventos jamais, até então, sonhados como possíveis e que não passavam como obras do espírito da ficção humana. No dizer de Habermas, "as doutrinas da boa vida e da sociedade justa, como a ética e a política, eram ainda doutrinas com uma base única, que formavam um todo". (2004, p. 4). E com a aceleração e a transformação das bases de produção técnica, esses modelos teóricos da fundamentação do agir moral se tornaram obsoletos, a fim de abarcar as respostas que a sociedade exigia.

O admirável mundo novo surgido, nas últimas décadas, obrigou que muitos pensadores no mundo inteiro começassem movimentos teóricos e reflexivos sérios que buscassem conciliar as riquezas teóricas da tradição humanista com a ciência, para impedir que a avanço científico colocasse em risco o futuro da humanidade, como ficou claro com a descoberta da energia nuclear e seu potencial bélico e outras atrocidades documentadas e assistidas por todos no século XX e, agora, XXI.

Uma das passagens e um dos marcos mais significativos dessa mudança e dessa revolução de pensamento, que ocasionaram uma responsável preocupação com as novas questões advindas, foi o nascimento da bioética

(neologismo advindo de duas palavras da língua grega: *bios*= vida + *ethica*=ética). Um campo próprio de reflexão especulativa que consegue sua autonomia conceitual em relação à ética. Registra-se que a bioética não é independente da ética, contudo ela começa a ganhar um estatuto epistemológico que lhe confere um espaço privilegiado, nos debates contemporâneos acerca do futuro da humanidade.

O cancerologista americano Van Potter, da Universidade de Wisconsin, publicou um artigo intitulado "Bioética: uma ponte para o futuro", considerado, *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Reserch* por muitos, como marco inicial da bioética. Para Conti (2004), o objetivo do autor era estabelecer uma ponte entre as ciências biológicas e os valores morais, buscando construir uma sociedade que compartilhasse o desenvolvimento científico com a sobrevivência humana em um ambiente saudável.

Deste modo, a bioética[1] surgiu no século XX como uma resposta aos abusos que seres humanos estavam sofrendo em razão de experimentos de novas técnicas, os quais precisavam de uma proteção e respeito à dignidade da pessoa humana. Portanto:

A bioética seria, em sentido amplo, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos, provocados pelas tecnociências biomédicas e alusivos ao início e fim da vida humana, às pesquisas em seres humanos, às formas de eutanásia, à distanásia, às técnicas de engenharia genética, às terapias gênicas, aos métodos de reprodução humana assistida, à eugenia, à eleição do sexo do futuro descendente a ser concebido, à clonagem de seres humanos, à maternidade substitutiva, à escolha do tempo para nascer ou morrer, à mudança de sexo em caso de transexualidade, à esterilização compulsória de deficientes físicos ou mentais, à utilização da tecnologia do DNA recombinante, às práticas laborativas de manipulação de agentes patogênicos, etc., como também dos decorrentes da degradação do meio ambiente, da destruição do equilíbrio ecológico e do uso de armas químicas. (DINIZ, 2002, p. 10-11).

[1] O surgimento do termo "bioética ocorreu em 1972, utilizado pelo oncologista norte-americano Van Rensselaer Potter com a publicação da obra *Bioethics: a bridge to the future".* (2005. p. 16).

Outro fato que merece ser assinalado para o crescimento da bioética como ciência foi a criação pelo Parlamento Norte-Americano, em 1974, o que deveria apresentar os princípios éticos que deveriam ser basilares nas pesquisas com seres humanos. Depois de 4 anos de trabalhos dessa comissão, apresentou-se o Relatório Belmont que apresenta 3 princípios, que veremos a seguir, que são marcos fundamentais da bioética. (SÉGUIN, 2005).

O Relatório de Belmont de 1978 sustentou que a justiça, a beneficência e a autonomia devem ser valores inquestionáveis, que balizam a ciência que versa sobre a pesquisa e que diz respeito à vida humana. Esses princípios estão na base da ética principialista, que tem na obra clássica *Princípios de ética biomédica*, de 1979, de Tom Beauchamp e James Childress a sua espinha dorsal. Segundo esses autores, são, agora, quatro princípios básicos: beneficência, não maleficiência, justiça e autonomia. É importante que se se ressalte que, segundo esses autores, não há uma hierarquia entre os princípios, ou seja, nenhum se sobrepõe ao outro e devem ser situados em casos concretos. Deve-se sempre ter em mente que "a ponderação é especialmente útil em casos individuais, enquanto a especificação é útil principalmente no desenvolvimento de políticas. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 49).

A bioética principialista se tornou hegemônica nas décadas seguintes à publicação do livro e tem forte impacto e relevância no debate contemporâneo. Frisa-se que, como esses princípios não têm uma hierarquia, dependendo do local onde eles são aplicados, há uma maior ênfase em um, ao passo que, em outras sociedades, enfoca-se mais outro. Como exemplo disso, pode-se citar que, nas sociedades subdesenvolvidas, ou nos países periféricos, tem-se uma preocupação maior com o princípio da justiça, ao passo que, nas sociedades avançadas, cientificamente, há uma preocupação mais voltada para a questão da autonomia do paciente, já que as pesquisas, por vezes, podem envolver riscos e ultrapassar o que seria, eticamente, aceitável.

A convivência entre os princípios não tem uma fronteira muito clara; ao contrário, por vezes os princípios se opõem, daí surgirem situações conflitosas. Para resolver esses impasses, deve-se escolher o princípio que se aproxima do justo no caso em tela. "O princípio da dignidade da pessoa humana [...] deve reger todas as situações de colisão entre princípios". (FABRIZ, 2003, p. 106).

Sabe-se que esses princípios podem parecer *prima facie* abstratos e deslocados da realidade, contudo são uma garantia segura de que os códigos legais têm material teórico muito rico e eficiente, para implementar políticas que deem condições de dignidade para todas as pessoas. A fim de que estas não sejam, simplesmente, tratadas como coisas ou objetos descartáveis, mas que tenham um reconhecimento como seres autônomos, pois é imprescindível a "auto-afirmação de uma autocompreensão ética da espécie, da qual depende o fato de ainda continuarmos a nos compreender como únicos autores de nossa história de vida [...]". (HABERMAS, 2004, p. 36).

Mas a reflexão bioética não se esgota nela mesma, para que possa fazer diferença na vida das pessoas e garantir uma sociedade na qual o homem não seja reduzido a robôs artificias, deve efetivar as riquezas e conquistas da reflexão bioética em leis e códigos concretos dentro das sociedades. Nesse sentido, o biodireito vem se consolidando como um campo jurídico fértil para os novos debates, a fim de regulamentar e padronizar as inovações biotecnológicas pós-modernas.

Segundo Fabriz (2003, p. 287), a regulamentação jurídica é de grande responsabilidade, pois a liberdade científica não deve ser alvo de censura, "o que não quer dizer que a sua atuação possa ir às raias da transgressão aos princípios do direito à vida e da dignidade da pessoa humana". O biodireito é um direito fundamental e, assim, deve ser compreendido, pois dele são inseparáveis os temas fundamentais a toda espécie humana, como a vida, a privacidade dos indivíduos e protege contra tudo que banaliza e atenta para a degradação ético-moral do ser humano, em tempos de exacerbamento do lucro mercantil-capitalista. Há, hoje, "uma mistura explosiva do darwinismo com a ideologia do livre-comércio, que se disseminou na virada do século XIX para o século XX, sob a influência da Pax Britannica, parece renovar-se sob a influência do neoliberalismo que se globalizou. (HABERMAS, 2004, p. 30).

Dado o atual estágio de evolução tecno-científica, o biodireito não pode ser mais compreendido como um modismo no direito, mas deve ser uma preocupação para pautar os legisladores ao elaborarem as leis. Ele nasce como um novo ramo do direito que veio para ficar, pois o que ele busca tutelar transcende as mutações evanescentes das teorias que não protegem o fundamento e a essência do ser humano: sua dignidade.

Em tempos nos quais as pessoas estão, cada vez mais unidas e conectadas por mecanismos virtuais, a necessidade de regular as relações passa a ter uma premência maior e não pode desamparar nenhuma demanda urgente da sociedade, pois o direito existe para o bem-comum da sociedade e todo o seu fim se justifica numa sociabilidade maior e melhor entre as pessoas. Embora muitas são as demandas da sociedade, busca-se a efetivação de um tecido social justo. No dizer de Séguin, não se pode reduzir o ser humano a máquinas,

> [...] em detrimento de valores básicos que englobam a solidariedade e a transcendência espiritual, com a tutela e valorização especial da dignidade do homem, num movimento de antropocentrismo jurídico e de repersonalização do Direito. O biodireito revela-se como fenômeno social, visualizando a ciência do Direito como sociovalorativa, ciência de problemas práticos com resultados concretos, e não deduções apriorísticas, ciência de decisões criativas e não automáticas. (2005, p. 60).

O biodireito se efetiva como um mecanismo muito importante nas sociedades do século XXI, para proteger o ser humano da possível barbárie tecno-cientificista. Por vezes, os pesquisadores, guiados ou patrocinados por interesses meramente comerciais, avançam o limite do que poderia ser aceitável em termos de avanço do conhecimento e da técnica. Principalmente, quando a humanidade, ainda, tem bem vivas na memória as atrocidades cometidas pelos médicos e pesquisadores nazistas nos campos de concentração, durante a Segunda Guerra Mundial. Assim, pergunta-se como o direito e as teorias constitucionais podem proteger a dignidade da pessoa humana?

3 O direito e a dignidade da pessoa humana

A dignidade é um preceito fundamental para o desenvolvimento das pesquisas relacionadas aos seres humanos e às demais espécies; aqui, trabalhar-se-ão as questões voltadas aos seres humanos. O reconhecimento da dignidade humana, na bioética e no biodireito, concretizam o sentido mais humanista às pesquisas e criam o sentido de respeito e justiça, no campo das pesquisas na sociedade moderna. Deste modo, é fundamental verificar que

> os bioeticistas devem ter como paradigma o respeito à *dignidade da pessoa humana*, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito e o cerne de todo o ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa humana e sua dignidade

> constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Consequentemente, não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna. (DINIZ, 2002, p. 17).

Atualmente, a dignidade da pessoa humana, num conceito jurídico, é usada para defender direitos fundamentais dos indivíduos, onde a mesma garante o mínimo existencial e a existência digna em sociedade. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, estabelece, em seu art. 11, § 1º: "Toda pessoa humana tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade". (Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 declara, expressamente, em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana, juntamente com o princípio da humanidade, descrito no art. 5º, inciso III, onde "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante". (BRASIL, CF/88, 2018). Deste modo, a dignidade significa atribuir valor ao ser humano, sendo um conceito difícil de ser definido.

Esse princípio gera muitos debates sobre sua definição, principalmente por parte da filosofia, mas, também, do direito. A maior dificuldade está na interpretação e na sua conceituação, pois é difícil compreender o que é dignidade e vida digna. Kant traz uma interpretação sobre a questão onde afirma que o homem, com a sua racionalidade,

> existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo, como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem de ser considerado simultaneamente como fim. [...] O valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. (2000, p. 59).

Na visão de Rosenvald (2005, p. 36), "a Constituição Federal pretendeu estabelecer, na relação entre a dignidade e a ordem jurídica democrática, a mesma adequação obrigatória que Kant determinou entre dignidade e ordem moral". O mesmo autor continua afirmando:

> Os direitos e as garantias fundamentais do ser humano, localizadas no art. 5°, decorrem dos princípios fundamentais, mais especificamente do respeito à dignidade. Isso demanda o estabelecimento de condições humanas de vida e promoção da personalidade de cada ser humano. Sempre lembrando Kant, não haverá dignidade quando multidões sucumbem à fome, à falta de habitação, de saneamento e de saúde, pois deixam de ser pessoas e fins em si, convertendo-se em coisas, posto relativizada e desqualificada a condição de meios para a satisfação de interesses alheios. (2005, p. 38).

Deste modo, a dignidade da pessoa humana vem a ser um conjunto de valores e de princípios cuja função é garantir que os cidadãos sejam e tenham seus direitos respeitados pelo Estado na sociedade. Como visto, no Brasil a dignidade é um princípio fundamental, sendo um dos fundamentos da República e um princípio que o Estado Democrático de Direito deve cumprir, por meio de ações governamentais. A dignidade da pessoa humana está ligada tanto a direitos como deveres dos cidadãos, o que implica condições que sejam necessárias para uma existência digna. A mesma envolve direitos fundamentais individuais, tais como: a vida, a liberdade, a igualdade, a privacidade, etc. e direitos sociais, tais como: a educação, o trabalho, a previdência, a moradia, a alimentação, o transporte, a saúde, etc.

Na visão de Sarlet (2015, p. 51), a dignidade é uma qualidade intrínseca, irrenunciável e inalienável da pessoa humana, sendo o elemento que qualifica o ser humano como tal e do mesmo não pode ser retirado, ou seja, a mesma é inerente ao ser humano. Assim sendo, a mesma representa o valor absoluto de cada ser humano. Já na visão de Sarmento (2016, p. 101-117), a dignidade é um valor intrínseco e inerente a pessoa humana. Guerra Filho entende a dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

> Os direitos fundamentais, portanto, estariam consagrados objetivamente em "princípios constitucionais especiais", que seriam a "densificação" (Canotilho) ou "concretização" (embora em nível extremamente abstrato) daquele "princípio fundamental geral", de respeito à dignidade humana. Dele, também, se deduziria o já mencionado "princípio da proporcionalidade", até como uma necessidade lógica, além de política, pois se os diversos direitos fundamentais estão, abstratamente, perfeitamente compatibilizados, concretamente se dariam as "colisões" entre eles, quando então, recorrendo a esse princípio, se privilegiaria, circunstancialmente, alguns direitos fundamentais em conflito, mas sem com isso chegar a atingir outro dos direitos fundamentais conflitantes em seu conteúdo essencial. (2005, p. 62-63).

Assim, a pessoa humana deve ter seus direitos garantidos e efetivados pelo Estado, a fim de ser respeitada. Desta forma, as ações no campo das pesquisas devem ser norteadas pelo devido respeito à ética e ao ordenamento jurídico vigente, criado com o intuito de proteção e consideração a essa dignidade. Esse princípio ultrapassa a esfera individual e abrange a esfera social, em que o Estado tem o dever de garanti-lo, visto que é um preceito estabelecido na Constituição Federal, a qual é a lei máxima a ser respeitada em nosso ordenamento jurídico vigente. Para Séguin, a vida humana deve ser tratada em relação ao Estado e mostra o patamar que ela alcançou no Direito, com o surgimento do princípio da dignidade da pessoa humana:

O homem deve ser respeitado em sua dignidade, em seu valor de fim e não de meio, pois a dignidade da pessoa humana, que, como consectária, impõe a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e sua realização existencial. Nossa Carta Magna elevou a tutela e promoção da pessoa humana a um valor máximo do ordenamento, estatuindo que a dignidade do homem é inviolável, sendo mola propulsora da intangibilidade da vida humana. (2005, p. 50).

Portanto, compreender a dignidade da pessoa humana não significa reduzir as pesquisas tecnológicas e científicas, mas realizá-las em prol das pessoas e da coletividade e não do poder econômico e do lucro. O ser humano merece o reconhecimento enquanto tal e o mesmo não pode ser utilizado de forma objetificada ou reificada. Compreender a dignidade da pessoa humana tanto ética quanto juridicamente é ir além do ser humano como pessoa física, mas vê-lo na sua integralidade como ser moral, psíquico, intelectual e emocional. É preciso compreender valores que são essenciais para as pessoas, visto que, como acima afirmado, é difícil delimitar o que vem a ser a dignidade e uma vida digna.

O cuidado com a aceleração de progresso científico e tecnológico deve ser um passo dado tanto pelo Estado como pelas grandes corporações, no qual os mesmos devem ter a preocupação com o valor intrínseco das pessoas que compõem a sociedade. O importante do biodireito é o fato de se preocupar com o ser humano que deixou de ser sujeito para ser objeto de manipulação, e questões, tais como: aborto, eugenia, eutanásia, genoma humano e manipulação genética, entre outras, estão latentes em nossa sociedade. O direito tem o papel

fundamental de cuidar, em todas as esferas, do ser humano que compõe a sociedade, sob pena de questões como essas saírem do controle. Assim, "o fortalecimento do Estado democrático de direito mostra-se como uma das alternativas para se obstaculizar uma desumanização generalizadora". (FABRIZ, 2003, p. 351).

Desta forma, o direito tem o fundamental papel de regulador de abusos, controlando o poder econômico, com isso não pode sucumbir a ele e a outras questões que não permitam que a dignidade das pessoas seja respeitada. A consciência e o consentimento responsável e informado das pessoas deve ser assegurado pelo direito, de forma com que as pessoas não se tornem vulneráveis.

Entende-se que o biodireito e a bioética são mecanismos que seguem juntos com os direitos fundamentais e humanos, os quais permitem que se evitem as injustiças contra as pessoas mascaradas na modernização e no progresso científico. O século XXI apresenta graves dilemas, pois, com o avanço dos interesses meramente comerciais, a vida humana e sua dignidade ficam expostas aos interesses mais egoístas e narcisistas de grandes corporações econômicas. Pois sabe-se que "a adaptação das formas sociais de produção e circulação dos avanços científicos e técnicos certamente fez prevalecer os imperativos de uma única forma de ação, e justamente a instrumental". (HABERMAS, 2004, p. 64).

Defender o ser humano e sua dignidade é proteger a vida e, consequentemente, o próprio direito, já proteger valores é dever da ética. A ética e o direito possuem o condão de valorizar e respeitar a integralidade do ser humano em sua essência. A dignidade do ser humano é mais do que a sociedade e o mercado. O mercado somente existe por causa desse indivíduo que o movimenta e vive nele. Ou seja, tudo acaba sendo uma cadeia de interligação que precisa de valores e do direito para ser ordenada e continuar em movimento.

Considerações finais

O liame entre o biodireito e a bioética é a preservação da vida e, consequentemente, da dignidade do ser humano. O direito e os valores devem

buscar evitar injustiças; com isso, não se quer que o progresso e os avanços tecnológicos fiquem estagnados, ao contrário, os mesmos devem avançar com os olhos no bem-estar da coletividade. Por vezes, a humanidade se esquece de que os avanços científicos podem comprometer o futuro das gerações seguintes de nosso Planeta. O pensamento humanista da ética e da bioética pode ser uma ferramenta muito importante para ajudar na conscientização das pessoas e na formação de uma geração com mais consciência para a proteção dos valores vitais e, por consequência, da dignidade da vida humana.

As questões que vão do início ao fim da vida devem ser objeto de regulação do direito e da ética, com o intuito de que não se tornem banais e com fácil manipulação, haja vista que são decisões que, muitas vezes, precisam do consentimento e do conhecimento do ser humano. Esse ser humano não pode ser manipulado em prol de alguns, mas deve ser respeitado em seu valor intrínseco e como coletividade de uma sociedade. Quando o ser humano é usado como coisa ou mercadoria, balizando a sacralidade da vida, corre-se o risco iminente de uma degradação irreversível que comprometerá todo o futuro da vida na Terra.

As manipulações e os avanços devem ser questionados sob todos os enfoques, sejam eles: econômicos, sociais, científicos, tecnológicos, humanos, políticos, jurídicos, morais e éticos. A visão holística e uma análise multidisciplinar são um método que permite chegar a respostas equilibradas e sensatas sobre os limites entre ciência e ética. Com isso se garante que os mesmos não serão usados em prol de determinadas categorias e em detrimento de outras. Entende-se que as descobertas devem ser socializadas com todas as pessoas e não ficar adstritas a determinadas categorias sociais, pois, deste modo, a dignidade não se concretiza, visto que a mesma é para todos os seres humanos e não para alguns.

O respeito à vida, à liberdade e à informação devem ser fundamentais, pois, se as pessoas conhecem e são informadas dos riscos e efeitos dos avanços, podem estar conscientes do querer e buscam para si, deste modo, o direito e o Estado têm um papel importante: devem garantir a todos bem-estar e dignidade.

Com Dworkin:

> insistimos na liberdade porque prezamos a dignidade e colocamos em seu centro o direito à consciência, de modo que um governo que nega esse direito é totalitário, por mais livres que nos deixe para fazer escolhas importantes. É por honrarmos a dignidade que exigimos a democracia, e, nos termos em que definimos esta última, uma Constituição que permita que a maioria negue a liberdade de consciência será inimiga da democracia, jamais sua criadora. (2002, p. 342-343).

Com isso, um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a dignidade humana e como direito e garantia fundamental individual a vida, deve respeitar e garantir o avanço tecnológico e científico de forma que a todos seja dada a liberdade de escolha e, sobremaneira, os valores ético-morais sejam respeitados. Conclui-se, indelevelmente, que respeitar o ser humano é respeitar a democracia, o direito e a ética.

Referências

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. de Márcio da Gama Kury. Brasília: UnB, 1997.

BRASIL. *CF/88*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 fev. 2018.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James L. *Princípios de ética médica*. São Paulo: Loyola, 2002.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS DE 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos; OLIVEIRA, Marilia Gerhardt de. *Bioética*: uma visão panorâmica. Porto Alegre: Edipucrs, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

HABERMAS, Jurgen. *O futuro da natureza humana*: a caminho de uma eugenia libertal? Trad. de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial e Barcarolla, 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edição 70, 2000.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Reinaldo Pereira. *Introdução ao biodireito*: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002.

SLOTERDIJK, Peter. *Regras para o parque humano*: uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo. Trad. de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2000.

3
O direito como árbitro da democracia

Delamar José Volpato Dutra*

Introdução

A democracia pode ser estudada sob vários vieses, a começar pela discussão se ela tem ou não tem um valor intrínseco,[1] bem como se é um sistema de governo confiável ou não (ELY, 1980). Para os teóricos defensores da democracia, ela é analisada a partir de vários pontos de vista, desde aquele da representação (MIGUEL, 2014), até aquele da sua relação com os direitos humanos (HABERMAS, 2001) e com a economia. Ademais, há pelo menos quatro modelos de democracia que atualmente disputam o campo de sua compreensão. O primeiro é o modelo agregativo, defendido por Schumpeter (2003), Downs (1957), Arrow (1963), dentre outros. O segundo modelo é o deliberativo, sustentado exemplarmente por Rawls (2005, 1999) e Habermas (1997), a despeito de Miguel (2013, p. 65) creditar esse modelo mais a Habermas do que a Rawls. O terceiro modelo é aquele agônico de Mouffe e Laclau (2001). Finalmente, o quarto é o modelo da homogeneidade, defendido por Schmitt.

O texto propõe uma versão compatibilista de vários elementos que seriam indispensáveis para uma boa teoria da democracia, a saber: poder, povo, lei positiva, direitos e economia. Defende que a compatibilização é possível devido ao papel desempenhado pela lei positiva em sentido assecuratório de

* UFSC/CNPq. lattes.cnpq.br/7826882124566360

[1] Nesse sentido, as perspectivas libertárias tendem a dar um peso maior aos direitos individuais do que aos direitos políticos. Disso resulta um conceito de democracia, no máximo instrumental, ou seja, como garantia da liberdade individual, o que, aliás, já aparece no texto de Constant (1819): "La liberté individuelle, je le répète, voilà la véritable liberté moderne. La liberte politique en est la garantie". Hayek (1981), por exemplo, radicaliza essa perspectiva, no sentido da democracia liberal: "Mi preferencia personal se inclina a una dictadura liberal y no a un Gobierno democrático donde todo liberalismo esté ausente". (p. D8-D9). O próprio Habermas admite que se o Estado de direito for compreendido como aquele que protege a liberdade negativa, ele é possível sem democracia. (HABERMAS, 1997a, p. 294). Muito embora a autonomia pública possa ter um valor intrínseco para muitas pessoas, ela aparece primeiro como um meio para realizar a liberdade privada (HABERMAS, 1998, p. 101), razão pela qual o intento de Habermas foi justamente o de "[...] provar a existência de um nexo conceitual ou interno entre Estado de direito e democracia, o qual não é meramente histórico ou casual". (HABERMAS, 1997a, p. 310).

determinações de justiça, bem como pelo papel epistêmico que a mesma desempenha na configuração do que seria o povo, como o poder é exercido, como a economia poderia atender à fraternidade, sem contar a especificação dos princípios da liberdade e da igualdade. Para tal, apresenta, resumidamente, quatro teorias ou modelos de democracia: agregativa, deliberativa, agônica, homogênea. Em seguida, mostra diversas críticas endereçadas a tais modelos. Considerando tais teorias e suas críticas, o presente estudo busca apresentar elementos que seriam indispensáveis ao tratamento da democracia. No final, tece algumas considerações construtivas a respeito da importância de que tais elementos sejam considerados ao se tratar da democracia.

Modelos de democracia

A literatura aponta vários modelos, concepções, conceitos de democracia. Habermas (1997), no cap. VII de *Direito e democracia*, começa distinguindo uma avaliação da democracia a partir de uma perspectiva interna e de uma perspectiva externa, uma distinção importante, certamente, para o tratamento do tema da legitimidade. A seguir, distingue três modelos de democracia, o liberal, o republicano e o discursivo, este último é aquele defendido por ele mesmo. Mouffe (2005), por seu turno, apresenta três modelos de democracia: o modelo agregativo, o modelo deliberativo e o modelo agônico, sendo este último aquele por ela defendido. Miguel (2013) parece acompanhar Mouffe nessa trilogia. Eis, então, quatro modelos possíveis de democracia

(I) modelo agregativo

O modelo agregativo de democracia é de natureza mais descritiva do que normativa. Isso implica que os indivíduos agiriam não por razões morais, mas com base em interesses e preferências. De acordo com o modelo, ordem e estabilidade adviriam não da participação, do consenso no bem comum, sempre ilusório, mas de compromissos entre interesses. (MOUFFE, 2005, p. 12). Para fazer escolhas sociais, dever-se-ia seguir mecanismos de mercado baseados em interesses e preferências. Miguel (2013, p. 31) vincula essa corrente à chamada teoria das elites, a incluir Schumpeter. Este último teria consolidado a tese da

democracia concorrencial, sendo esta a corrente dominante atualmente. (MIGUEL, 2013, p. 49).

Esse modelo tem vários vieses: avalia como problemático o excesso de participação política, haja vista, por exemplo, Hitler ter chegado ao poder depois de intensa participação política; desacredita a noção de bem comum e foca nos indivíduos atomizados. (MIGUEL, 2017, p. 49-50). De fato, para Schumpeter (2003, p. 269), na teoria clássica da democracia, o povo julgava das questões políticas e escolhia representantes para executar seus julgamentos. O que ele se propõe a fazer é desconstruir o primeiro aspecto e fortalecer o segundo aspecto. Ou seja, não há propriamente o povo, como não há um bem comum determinável e, em acréscimo, as pessoas não saberiam decidir questões políticas. Por isso, ele supõe que os dois mencionados aspectos devam ser revertidos. Melhor dito, o papel do povo é aquele de produzir um governo, governo este que decidirá as questões políticas. Daí a sua definição de método democrático: "And we define: the democratic method is that institutional arrangement for arriving at political decisions in which individuals acquire the power to decide by means of a competitive struggle for the people's vote". (SCHUMPETER, 2003, p. 269). Como bem se vê, a democracia aponta para a eleição de líderes que terão o poder de decidir.

Segundo o destaque de Miguel (2013, p. 53), isso implica uma liberdade formal, a de votar, e a redução da participação política a um mínimo, precisamente, votar. Com isso, líderes são eleitos, mediante uma disputa por votos. O líder ou partido vencedor forma um governo para decidir as questões políticas. Talvez, por isso, Rancière (2014) tenha vaticinado que a representação "(É), de pleno direito, uma forma oligárquica, uma representação das minorias que têm título para se ocupar dos negócios em comum" (69).[2]

Miguel (2013, p. 54) registra que a principal inspiração oculta de Schumpeter seria Hobbes, cuja principal preocupação residiria na estabilidade, não na liberdade. Segundo Miguel, a concepção schumpeteriana estaria

---

[2] Para Rancière (2014) a democracia representativa é um oximoro (p. 70). Em divergência, segundo Urbinati (2006), a democracia representativa filtra, refina e medeia a formação e a expressão da vontade política. Por exemplo, a representação ajuda a tornar impessoais as ideias e opiniões (p. 6), bem como expande, em vez de encolher, a participação, de tal forma que a representação é democrática. Por isso, a democracia representativa não é um oximoro (p. 4).

presente, inclusive, na teoria pluralista de Dahl. Na verdade, de acordo com Miguel (2013), o modelo deixaria de lado o governo do povo (p. 59).

Alguns problemas que podem ser apontados em relação a essa teoria são os seguintes: o primeiro deles é que a política é isolada das desigualdades materiais e simbólicas (MIGUEL, 2013, p. 58), devido a ficar reduzida à votação para escolha de líderes; outro problema é a concepção atomizada de pessoa que não considera os processos de produção das vontades dos indivíduos. (MIGUEL, 2013, p. 63).

(II) o modelo deliberativo

O modelo deliberativo, como bem pontua Mouffe (2005, p. 12), pretendeu dar conta de problemas de legitimidade pela conexão da justiça e da política. Isso pode ser verificado pela análise que Rawls (1999) faz de Arrow e de Downs: "And this would seem to imply that the application of economic theory to the actual constitutional process has grave limitations insofar as political conduct is affected by men's sense of justice, as it must be in any viable society, and just legislation is the primary social end". (p. 317). Rawls se indispõe, aqui, com a concepção de democracia de Downs e de Arrow, a qual foca no processo formal de escolha dos líderes, sem considerar que determinações de justiça deveriam permear o todo da democracia, inclusos os seus resultados.

De acordo com Miguel (2013, p. 66), para essa corrente: a democracia não visa a agregar preferências já consolidadas, haja vista estas serem construídas socialmente; enfatiza-se a participação e não só a votação; resgata-se também a possibilidade de o povo participante debater e decidir questões concretas a respeito do bem comum. Em vez de interesses e preferências, esse modelo foca no papel que a argumentação pode desempenhar no processo de decisão, cujo objetivo é chegar a um entendimento. Como observa Mouffe (2005, 12), essa perspectiva é normativa e não descritiva. Ela busca lealdade com base na legitimidade que une soberania popular e direitos humanos.

Apontam-se vários problemas para esse modelo. Segundo Miguel (2013, p. 61), a deliberação não pensa adequadamente a política como conflito, como interesse, dominação, o que levaria, inclusive, a uma acomodação à ordem vigente. Como já dito, ela tem dificuldade em lidar com a noção de interesse.

(MIGUEL, 2013, p. 72, 73). Ao invés disso, a teoria tenta dar conta do diagnóstico da crise de legitimidade pelo apelo a um consenso em bases morais. (MOUFFE, 2005, p. 12). Portanto, não seria uma resposta propriamente política. Ademais, a proposta idealizaria as condições da comunicação e seria insensível à exclusão/inclusão de grupos sociais. (MIGUEL, 2013, p. 68, 70). Por ser processual e formal, a igualdade substantiva não lhe seria importante. (MIGUEL, 2013, p. 69). Por conseguinte, não trataria adequadamente o fato de os cidadãos serem abstratamente iguais sob o viés político, mas desiguais economicamente (MIGUEL, 2013, p. 73), além de ser cega às desigualdades de poder, de *status* e de linguagem padrão. (MIGUEL, 2013, p. 75). Senão por isso, ainda parece descartar a representação. (MIGUEL, 2013, p. 75, 76). Em suma, por não ser representativa, por não considerar as desigualdades e os diversos tipos de dominação, não seria um modelo realista (MIGUEL, 2013, p. 77), sem contar que seria uma versão de democracia com viés conservador, pois quando não se chegasse a um consenso, restaria preservado o *status quo*. (MIGUEL, 2013, p. 81).

Essa mesma crítica é endereçada, até de forma mais contundente, ao véu de ignorância de Rawls, que camuflaria ou eliminaria o conflito político (MIGUEL, 2013, p. 78-79), justamente escondendo-o sob o véu.

Em suma, “Rawls, Habermas e Honneth são a linha de frente da percepção de que o conflito de interesses é um mal a ser extirpado”. (MIGUEL, 2013, p. 84). Para eles, no lugar do conflito é posta a imparcialidade, o diálogo e o altruísmo, respectivamente.

Nesse ponto, as críticas de Miguel se somam àquelas de Mouffe, como ver-se-á, já que, para ela, a versão deliberativa de democracia eliminaria o conflito a propósito das interpretações diferentes dos princípios da liberdade e da igualdade. De acordo com aquele, ficariam maltratados os fenômenos do conflito, dos interesses, da dominação e do poder. (p. 61).

A querela da economia como crítica à democracia deliberativa

Que a economia seja importante, pode ser visto na consideração crítica que Habermas faz a propósito da impotência do dever-ser em Rawls: “A realidade recalcitrante com a qual o raciocínio normativo quer entender-se não é feita apenas e, em primeira linha, de pluralismo de ideais de vida e de

orientações axiológicas conflitante, mas também de um material mais duro que são as instituições e os sistemas de ação". (HABERMAS, 1997a, p. 92).[3] Seriam sistemas de ação, para ele, justamente os mercados, ou seja, a economia, e as burocracias estatais. (HABERMAS, 1997a, p. 153).

A querela da relação entre economia e democracia vem pelo menos desde Aristóteles, já que este relacionava a democracia ao governo dos pobres:

> A verdadeira diferença entre oligarquia e democracia é a pobreza e a riqueza. É inevitável que quando o poder se exerce em virtude da riqueza, quer sejam poucos ou muitos, trata-se de uma oligarquia; quando os pobres governam, trata-se de uma democracia. Acontece, porém, conforme notamos, que os ricos são escassos e os pobres numerosos. É que a riqueza é de poucos, enquanto a liberdade é de todos: estas são as causas pelas quais uns e outros reclamam o poder. (*Política*. 1279b40-1280a5).

Marx protestara ao dizer que, politicamente, os cidadãos eram considerados iguais, mas, economicamente, os homens estariam em situação desigual: "Assim como os cristãos são iguais no céu e desiguais na terra, também os membros singulares do povo são *iguais* no céu de seu mundo político e desiguais na existência terrena da *sociedade*". (MARX, 2005, p. 97).

Ou seja, trata-se de como conciliar a economia desigual com a política igual. (MIGUEL, 2013, p. 70, 84, 94). Inclusive, a questão social de Arendt é interpretada por Miguel como degradação da política, na medida em que as necessidades corroeriam a busca pela liberdade (MIGUEL, 2013, p. 70). Nesse ponto preciso, alega ele, Habermas criticaria o idealismo arendtiano, mas teria sido vitimado por um problema análogo. Aliás, esse ponto é alavancado por Miguel (2013) a calcanhar de Aquiles de toda e qualquer teoria, a atingir especialmente o paradigma comunicativo entendido como superação do paradigma do trabalho. (p. 94). Não só isso, quando Rawls, em o *Liberalismo político*, e Habermas, em *Direito e democracia*, descem do Céu à Terra, suas obras vêm marcadas pelo elogio do presente e, portanto, pela despotencialização da crítica às desigualdades. (MIGUEL, 2013, p. 95).

---

[3] A economia constitui um ponto central da democracia nas análises de Habermas, mesmo do Habermas tardio, do que é ilustrativo seu livro *Na esteira da tecnocracia,* cujo capítulo 7 vem justamente intitulado *Democracia ou capitalismo?* Já Hayek (1973) registrara um conflito irreconciliável entre a democracia majoritária e o capitalismo (p. 7). Habermas, por seu turno, não se alinha à democracia majoritária.

Como visto, as duas falhas principais do modelo deliberativo estariam relacionadas à representação e à base material. Com isso, o mundo material se torna o foco, a justificar até "um uso (legítimo) de coerção, impondo aos grupos privilegiados a subtração de suas benesses". (MIGUEL, 2013, p. 95). Para Miguel (2013), a democracia é um governo com conteúdo, o governo dos pobres (p. 96). A democracia não é a aceitação de determinados valores ético-políticos ou regras do jogo: "O antagonismo entre dominantes ou dominados pode se expressar ou pode ser escamoteado, mas não há fórmula retórica que o faça ser transcendido". (MIGUEL, 2013, p. 96). A versão radicalizada de democracia buscaria precisamente pôr um fim às relações capitalistas de produção: "Of course, every project for radical democracy implies a socialist dimension, as it is necessary to put an end to capitalist relations of production, which are at the root of numerous relations of subordination; but socialism is *one* of the components of a project for radical democracy, not vice versa". (LACLAU; MOUFFE, 2001, p. 178).

Tratar-se-ia de uma luta de classes? Tratar-se-ia de guerra, não de política? Não, pois uma tal proposta faria a Terra arrasada de várias diferenças relevantes. Afinal, quem são os dominados? Quem são os dominadores? A mesma pessoa pode ser vítima e algoz. Pode ser um trabalhador miserável, misógino, machista. Por isso, para os autores, a proposta tem que ser democrática, no sentido de requerer a participação de todos:

> When one speaks of the socialization of the means of production as one element in the strategy for a radical and plural democracy, one must insist that this cannot mean only workers' self-management, as what is at stake is true participation by all subjects in decisions about what is to be produced, how it is to be produced, and the forms in which the product is to be distributed. Only in such conditions can there be *social appropriation* of production. To reduce the issue to a problem of workers' self-management is to ignore the fact that the workers' 'interests' can be constructed in such a way that they do not take account of ecological demands or demands of other groups which, without being producers, are affected by decisions taken in the field of production. (LACLAU; MOUFFE, 2001, p. 178).

Isso remete, uma vez mais, ao fato de a política não ser pensada como um jogo de soma zero. (LACLAU; MOUFFE, 2001, p. 193). Trata-se, a bem da verdade, de repensar os conceitos de liberdade e de igualdade de uma forma diferente da interpretação capitalista. (LACLAU; MOUFFE, 2001, p. XV).

Deve-se perguntar, no entanto, na perspectiva defendida por Miguel, segundo a qual não cabe o entendimento discursivo, como cariz próprio da democracia, se é possível até mesmo a hegemonia sustentada por Mouffe, pois tal conceito pressupõe a aceitação de um núcleo ético básico universal, justamente o que permite a passagem do inimigo da guerra para o adversário da política, como se verá. Deveras, Miguel nega a possibilidade de determinações universais que poderiam anteder a todos, já que tudo seria absolutamente conflitivo e enviesado pela dominação. Não obstante, na democracia, não se pode matar o derrotado político. No limite, a proibição do homicídio não poderia ser um interesse universal? O antagonismo dos dominantes e dos dominados realmente não pode ser transcendido em aspecto algum? Então, a guerra seria a única solução.

Aliás, carece às críticas de Miguel, inclusive, uma melhor leitura de Habermas e de Rawls. Por exemplo, este último, ao analisar o ótimo de Pareto, que ele prefere chamar de eficiência (RAWLS, 1999, p. 58), afirma: "[...] The principle of efficiency cannot serve alone as a conception of justice" (RAWLS, 1999, p. 62). Ora, um sistema é eficiente se não puder ser modificado para melhorar a posição de alguém, sem prejudicar a posição de um outro. Tomado em termos absolutos, o que Rawls não faz, isso implicaria, no limite, que um sistema baseado na servidão não poderia ser alterado, pois para melhorar a vida dos servos prejudicaria a dos senhores. A posição de Rawls (1999), claramente, não é essa, como se pode abduzir da citação: "The democratic conception [of equality] is not consistent with the principle of efficiency if this principle is taken to mean that only changes which improve everyone's prospects are allowed. Justice is prior to efficiency and requires some changes that are not efficient in this sense". (p. 69).

(III) o modelo agônico

O terceiro modelo é aquele que põe o conflito como central. De acordo com Mouffe (2005, p. 16), Rawls e Habermas buscariam, como primeiro ponto, evitar o conflito referente ao pluralismo de valores. Isso é feito, no caso de Rawls, pela exclusão das doutrinas abrangentes não razoáveis, já, no caso de Habermas, isso é feito pela separação entre ética e moral, como se verá abaixo.

Isso implicaria uma tensão entre a soberania popular e a perspectiva liberal de ambos os autores. Ora, tal tensão até pode ser equacionada via negociação, mas não pode ser eliminada. Por isso, o modelo de política deliberativa "[...] é incapaz de reconhecer a dimensão do antagonismo e seu caráter inerradicável, que decorre do pluralismo de valores". (MOUFFE, 2005, p. 19). Para ela, tal perspectiva reduz a política à justiça. Para a perspectiva de Mouffe, toda objetividade social vem marcada pela exclusão. Quando há essa convergência entre objetividade e poder, há o que ela denomina de hegemonia. Dito claramente, não há "[...] lacuna insuperável entre poder e legitimidade [...]: a) se qualquer poder é capaz de se impor, é porque foi reconhecido como legítimo em algumas partes; e b) se a legitimidade não se baseia em um fundamento apriorístico, é porque se baseia em alguma forma de poder bem-sucedido". (MOUFFE, 2005, p. 19). Esse modelo desacredita a confiança na argumentação e foca no conceito de hegemonia como sendo central.

Desse modo, a legitimidade porta conexão com o poder, não com argumentos. A política é vista como ligada à ordem, de tal forma que a hostilidade é domesticada e o antagonismo, contido. Ou seja, o outro deixa de ser um inimigo e passa a ser um adversário: "Um adversário é um inimigo, mas um inimigo legítimo, com quem temos alguma base comum, em virtude de termos uma adesão compartilhada aos princípios ético-políticos da democracia liberal: liberdade e igualdade". (MOUFFE, 2005, p. 20). Porém, esclarece ela, discorda-se em relação ao sentido e à implementação de tais princípios, sendo que tal desacordo não se resolve por deliberação: "De fato, dado o pluralismo inerradicável de valores, não há solução racional para o conflito – daí a sua dimensão antagonística". (MOUFFE, 2005, p. 20). Então, como evitar que o antagonismo leve à guerra? Tal se dá por compromissos temporários, aos quais chegar-se-ia não por deliberação, mas por conversão: "Aceitar a visão do adversário significa passar por uma mudança radical de identidades políticas. É mais uma espécie de *conversão* do que um processo de persuasão racional (do mesmo modo que Thomas Kuhn argumentou que a adesão a um novo paradigma científico é uma conversão)". (MOUFFE, 2005, p. 20). O que se consegue, portanto, não é um consenso sem exclusões, mas um consenso conflitivo. (MOUFFE, 2005, p. 21). Ou seja, muito embora haja um certo consenso e lealdade, em relação aos valores ético-políticos da liberdade e da igualdade,

tais princípios teriam interpretações diferentes e conflitantes: “Idealmente, tal confrontação deveria ser observada em torno das diversas concepções de cidadania, que correspondem às diferentes interpretações dos princípios ético-políticos: liberal-conservadora, social-democrata, neoliberal, radical-democrática e assim por diante. Cada uma delas propõe a sua própria interpretação do 'bem comum' e tenta implementar uma forma diferente de hegemonia”. (MOUFFE, 2005, p. 21). Desse modo, a hegemonia é o que se pode pôr no lugar de uma falha, de algo que não pode ser preenchido, de uma totalidade ausente (LACLAU; MOUFFE, 2001, p. 8), mas que precisa vigorar: “The concept of'hegemony will emerge precisely in a context dominated by the experience of fragmentation and by the indeterminacy of the articulations between different struggles and subject positions”. (LACLAU; MOUFFE, 2001, p. 13).

Apesar dos arroubos ao longo do texto, Miguel, na conclusão do seu trabalho, chega aproximadamente a um mesmo resultado, aquele que põe ao centro o conflito, mas sem deixar de dar o devido peso à liberdade individual. (MIGUEL, 2013, p. 305-307).

(IV) o modelo homogêneo

Há, ainda, o modelo radicalizado de Schmitt que desafia os anteriores, incluso à versão domesticada de Mouffe e de Miguel.

Veja-se, então, como Schmitt apresenta a democracia. Para ele, a homogeneidade do povo é a característica mais fundamental da democracia. É da homogeneidade que decorre a eliminação do diferente. (SCHMITT, 2000, p. 9). Desse modo, não só a igualdade é definida como homogeneidade, como a democracia honra a distinção amigo/inimigo. Ele sustenta que qualquer elemento pode ser relevante para estabelecer a igualdade dos que têm aquela qualidade em relação aos que não a têm. Pode ser uma qualidade física, moral, como a virtude; ou espiritual, como uma religião, ou a pertença a uma nação. (SCHMITT, 2000, p. 9).

Segundo ele, não compõe o significado primordial de democracia os sufrágios universais, com igual peso de todos os votos. Nenhuma democracia concede sufrágio somente em virtude da humanidade de alguém, isso porque direitos iguais só fazem sentido, se houver homogeneidade. (SCHMITT, 2000, p.

10). Schmitt critica severamente a igualdade universal de todos os seres humanos. De acordo com ele, tal ideia nunca foi efetivada em democracia alguma, pois todas elas têm critérios de inclusão e de exclusão de cidadãos. E, poderíamos dizer, contêm critérios de definição de seres humanos que são pessoas e de seres humanos que não são pessoas, como fetos, anencéfalos e mortos cerebrais. Ou seja, a igualdade de todos os seres humanos não é o que caracteriza a democracia em parte alguma. É, sim, o que caracteriza o liberalismo como uma teoria moral. (SCHMITT, 2000, p. 11). A seu favor, Schmitt pode alegar o caráter discriminatório de todas as democracias na concessão da maior parte dos direitos. Quiçá, uma tese que faz mais sentido hoje do que no tempo de Schmitt, vis-à-vis dos problemas da imigração e da bioética. A maior parte dos Estados, além de negar o direito político do sufrágio, nega o direito ao trabalho, à previdência e mesmo à permanência no país por mais de um determinado tempo, em geral bem curto. Uma tal igualdade não existiria em parte alguma, o que só mostraria que o liberalismo seria uma ideologia que mascararia o que acontece politicamente e mesmo economicamente. A igualdade só tem sentido em particular, não em geral, ou seja, há que se falar da igualdade em relação a algum predicado, como a riqueza ou a cidadania. Senão, o nascimento resumiria toda a igualdade e com isso o próprio conceito de igualdade não teria mais nenhum significado político.

As desigualdades não podem ser eliminadas simplesmente afirmando que os homens são todos iguais em algum aspecto, por exemplo, são todos matáveis. Isso significa que as diferenças se tornarão relevantes em algum aspecto, ainda que não um aspecto político, como na distribuição da propriedade. Isso é inevitável, para Schmitt. Fosse evitável não haveria mais a necessidade de política. (SCHMITT, 2000, p. 12-13).

A filosofia política de Rousseau é um paradigma para a interpretação de Schmitt, até porque ela é o fundamento para muitas defesas da democracia. Segundo ele, a obra de Rousseau comportaria dois modelos de igualdade incoerentes entre si. Por um lado, uma fachada liberal apontando para o contrato; por outro lado, um núcleo de homogeneidade corporificado no conceito de vontade geral. (SCHMITT, 2000, p. 13). Ou seja, no núcleo do pensamento político de Rousseau, estaria uma homogeneidade do povo tão forte que só haveria unanimidade, sem necessidade de partidos, religiões

diferentes, nada que pudesse dividir o povo. Na interpretação que Schmitt oferta de Rousseau, a unanimidade seria tão forte que a feitura das leis não geraria discussão. (SCHMITT, 2000, p. 14). Ele chega a afirmar que isso implicaria um processo judicial. O acusado e o acusador deveriam querer a mesma coisa. (SCHMITT, 2000, p. 14). Por isso, a unanimidade não precisaria de um contrato para construí-la. Como bem pontuou Heck, a vontade geral é um evento, não uma construção: "A *volonté générale* é evento e não um resultado discursivo". (HECK, 2008, p. 15). O contratualismo pertence a um outro mundo. Um mundo liberal constituído por sujeitos individuados ao extremo, como mônadas. (SCHMITT, 2000, p. 14).

A democracia implica uma série de identificações que o liberalismo nega, como aquela entre o governo e o governado. (CRISTI, 2011, p. 360). Ora, uma democracia com base na homogeneidade é estável porque seu governo não reside no resultado aritmético da votação, sempre mutável. Por isso mesmo Rousseau pôde sustentar não haver nem a necessidade de votar. Na *Teologia política,* Schmitt acusara Rousseau de eliminar, mediante o conceito de vontade geral, os elementos decisionista e personalista da soberania. (SCHMITT, 1985, p. 48). Agora, como mencionado acima, a nova redescrição que ele faz da democracia permite-lhe se reconciliar com Rousseau, haja vista este último extirpar o individualismo de sua concepção de democracia. Em suma, a lei na democracia não é *ratio*, mas vontade: *Lex est quod populus jussit*". (SCHMITT, 2003, p. 253). Se o povo é o soberano, povo não é o conjunto de todos os indivíduos, mas o resultado de uma (de)cisão por uma identidade. Desse modo, sua concepção de democracia continua honrando o decisionismo.

Agamben chama a atenção exatamente para o conceito cindido de povo presente no contexto da democracia. De fato, se a democracia for definida pela afirmativa de Lincoln, ou seja, como governo *do* povo, *pelo* povo e *para* o povo, pode-se perceber uma fratura em tal conceito, como se houvesse uma sobreposição de povos: "Um mesmo termo denomina, assim, tanto o sujeito político constitutivo quanto a classe que, de fato, se não de direito, é excluída da política". (AGAMBEN, 2002, p. 183). Ele arremata: "O 'povo' carrega, assim, desde sempre, em si, a fratura biopolítica fundamental. Ele é aquilo que não pode ser incluído no todo do qual faz parte, e não pode pertencer ao conjunto no qual já está desde sempre incluído [...] é a fonte pura de toda identidade, e deve,

porém, continuamente redefinir-se e purificar-se através da exclusão, da língua, do sangue, do território". (AGAMBEN, 2002, p. 184).

Redefinida de forma existencializada como uma identidade homogênea, que se sustenta em relação a outras identidades, a partir da relação amigo-inimigo que é a intensidade máxima dos vínculos entre os homens, ou seja, o seu caráter propriamente político, o contraste com o liberalismo e o estado de direito devém patente e implica que "as áreas até então 'neutras' – religião, cultura, educação, economia – deixam então de ser 'neutras', no sentido de não-estatal e não-político". (SCHMITT, 1992, p. 47). Assim, não há que se falar em nada que fique fora do político, especialmente a economia. Não há que se falar em economia liberada do Estado ou este liberado daquela. (SCHMITT, 1992, p. 50).

De acordo com Schmitt, só haveria dois princípios político-formais: identidade e representação. O Estado, como o próprio nome sugere, é o *status*, a situação, de um povo como unidade política. Pressupõe homogeneidade e identidade que, por não poderem nunca ser reais, sempre implicam um certo grau de representação, pois nunca é o povo todo que participa do governo. (SCHMITT, 2003, p. 205). Os burgueses lutavam contra toda espécie de absolutismo estatal, contra a democracia, a identidade extrema, e contra a monarquia, a representação extrema. (SCHMITT, 2003, p. 215).

Para Schmitt, é ponto extreme de dúvida que o método estatístico de contagem de votos faz desaparecer a substância da igualdade democrática. Ainda que seja o voto que torne democrática a eleição, a escolha (SCHMITT, 2003, p. 250), não há uma correlação entre número e substância democrática. Por isso mesmo, anota Schmitt, Rousseau pôde afirmar não ser democrático que noventa corrompidos dominem sobre dez honestos, pois desaparecida a substância democrática, ou seja, a virtude, nem a unanimidade serviria para coisa alguma. (SCHMITT, 2003, p. 246).

Os princípios políticos da representação e da identidade são importantes para se compreender por que é mista a forma de governo que realiza o Estado de Direito, haja vista o princípio da identidade ser imune à possibilidade de controle: "Pufendorf's formulation should be quoted: In a democracy, where those who command and those who obey are identical, the sovereign, that is, an assembly composed of all citizens, can change laws and change constitutions at will; in a monarchy or aristocracy, 'where there are some who command and

some who are commanded,' a mutual contract is possible, according to Pufendorf, and thus also a limitation of state power". (SCHMITT, 2000, p. 14-15).

Há quem defenda, como Cristi, ter havido mudanças no pensamento de Schmitt em razão aos acontecimentos históricos. É assim que ele teria sido, ao início monarquista e, depois, um democrata, embora não honesto e sincero. Sem embargo disso, parece ser melhor ler Schmitt a partir de seu conservadorismo, o que já se mostra no seu viés decisionista. Conservadorismo que ele deve aos autores do séc. XIX com vieses teológicos, principalmente em sua reação contra a Revolução Francesa e contra o anarquismo. A sua oposição ao normativismo do positivismo de Kelsen e ao liberalismo também seguem o mesmo veio conservador, pois, na verdade, tais teorias implicam, a seu juízo, um individualismo incompatível com formulações políticas que pensam o ser humano mais ligado à comunidade. Nesse particular, o seu conservadorismo se manifesta na leitura da democracia por ele proposta. Trata-se de uma democracia incompatível com o liberalismo e com o Estado de Direito. Portanto, é uma versão de democracia totalitária, na qual o indivíduo se dissolve no todo. Nesse diapasão, o texto que ele escreve sobre Hobbes mostra como o individualismo que ele imputa ao próprio Hobbes foi a mancha podre que levou ao Estado de direito liberal, no qual prepondera o indivíduo sobre a comunidade: "La reserva de fe privada concedida por Hobbes la entiende Carl Schmitt como puerta de entrada de la subjetividad de la conciencia burguesa y de la opinión privada, que progresivamente desarrollan su fuerza subversiva. Pues esta esfera privada se proyecta hacia afuera y se amplía hasta convertirse en esfera de la opinión pública burguesa; en el seno de esta última la sociedad civil se hace valer como contrapoder político".[4]

Como um conservador consequente, sua democracia não pode honrar o individualismo. Na verdade, o seu tratamento da democracia é marcado por uma dupla faceta. Primeiro Schmitt a circunscreve nos limites do Estado de direito e do individualismo, que ele, na verdade, considera antidemocráticos. Ele assim os considera porque a sua concepção de democracia define-a sob o ponto de vista

[4] (HABERMAS, 2007, p. 71). "Schmitt admira a Hobbes a la vez que lo critica. Celebra en Hobbes al único teórico político de rango que en el poder soberano reconoció la sustancia decisionista de la política estatal. Pero también lamenta al teórico burgués que se arredra ante las últimas consecuencias metafísicas y que, contra su voluntad, se convierte en antecesor del Estado de Derecho tal como lo entiende el positivismo jurídico". (HABERMAS, 2007, p. 69).

da homogeneidade, da identidade de todos os membros. Essa é também a sua leitura de Rousseau. Portanto, trata-se de uma versão de democracia conservadora e totalitária que não honra o princípio da liberdade individual. Ou seja, a democracia não pode ser concebida como uma expressão do individualismo. O individualismo desenraiza o indivíduo, cinde-o da comunidade. (SCHMITT, 1985, p. 3). Se até o sistema de Hobbes, para ele, honraria o individualismo, então, é possível fazer uma ideia do modo como ele concebe a homogeneidade exigida pela democracia como poder soberano. Em um tal sistema não haveria necessidade de um parlamento discutidor. O legislador poderia até ser contratado para fazer a lei, pois operaria a vontade geral. Ainda que ele critique a vontade geral por despotencializar o decisionismo em sua versão personalizada, a democracia assim concebida não deixa de honrar o decisisionismo do soberano em uma perspectiva agora despersonalizada. No que diz respeito à teoria da constituição que honra o princípio político democrático, o conceito de poder constituinte reterá o caráter da decisão que opera no vácuo, sem normatividade anterior que a gravitacione ou pelo menos assim parece à primeira vista.

Sem embargo desse cariz, duas possibilidades interpretativas se abrem. Uma defendida por Agamben e outra por Sá. O primeiro, comenta uma afirmação de Schmitt de 1982: "I have been and I am a jurist. I will remain a jurist. I will die a jurist. And all the misfortune of being a jurist is involved therein". (SCHMITT apud AGAMBEN, 2016, p. 458). A intepretação de Agamben é a de que, com isso, Schmitt queria mostrar que o direito é basicamente constituído pela decisão. Para ele, o Estado de Exceção mostraria precisamente que o direito é formalmente decisão a exorbitar qualquer norma. (AGAMBEN, 2016, p. 458). Por sua vez, Sá é de outra cepa. Para ele, o estado de exceção seria diferente da anarquia e do caos, a revelar uma ordem, ainda que uma ordem não jurídica, tendo na autoconservação a sua racionalidade própria. (SÁ, 2003, p. 171). Ora, considerando a própria afirmativa de Schmitt da correlação entre proteção e obediência, azada parece a posição de Sá, senão veja-se: "[...] não há [...] nenhuma legitimidade ou legalidade racional sem a conexão de proteção e obediência. O protego *ergo obligo* é o *cogito ergo sum* do Estado". (Schmitt, 1992, p. 78).

Dos elementos da democracia

Considerando as quatro teorias apresentadas e suas críticas, torna-se possível escrutinar alguns elementos que poderiam ser considerados fundamentais para o tratamento de democracia. A seguir, apresentam-se tais elementos:

1. PODER. Toda democracia tem um elemento de poder, como seu próprio nome indica. Poder é um conceito complexo a envolver a legitimidade, a autoridade e, no limite, a violência, já que todo poder é capaz de violência. (HART, 1994, p. 201). Isso pode ser visto na ambiguidade dos termos poder e autoridade:

> "Power" is an ambiguous term. It stands for *potentia,* on the one hand, and for *potestas* (or *jus* or *dominium),* on the other. It means both "physical" power and "legal" power. The ambiguity is essential: only *if potential* and *potestas* essentially belong together, can there be a guaranty of the actualization of the right social order. The state, as such, is both the greatest human force and the highest human authority. (STRAUSS, 1965, p. 194).

Segundo Schmitt (1996, p. 30; 1996, p. 45), Hobbes, justamente, teria eliminado a distinção entre *auctoritas* e *potestas*.

O modelo agonístico, com base na hegemonia, bem como a democracia homogênea são fortes nesse quesito. Poder-se-ia dizer tratar-se de um elemento político. Outrossim, esse particular é o que dá à democracia majoritária um peso peculiar. (WALDRON, 2016, cap., 10).

Que o poder seja um elemento ineliminável, mostra-se, de forma oblíqua, nas três versões liberais das teorias da democracia, a demandar limites à democracia majoritária, inclusos na versão agônica de Mouffe, configurada com base na defesa do núcleo ético-político da liberdade e da igualdade.

Por certo, o poder, na medida em que se canaliza política e juridicamente, pode cumprir uma função assecuratória de princípios abstratos como a liberdade e a igualdade, bem como epistêmica no sentido da determinação dos mesmos.

2. POVO. O povo surge sempre no plural. (HABERMAS, 1997b, p. 255). Esse elemento, além de estar presente na própria palavra democracia, compõe um dos pontos centrais. Conceitos, tais como: virtude, maldade, antropologia,

solidariedade, amizade, republicanismo, representação,[5] têm peculiar relação com o conceito de povo. Os modelos agônico e homogêneo, amiúde, chamam a atenção para esse elemento. "Povo é uma categoria política, que reúne as pessoas que estão submetidas a um governo. Desta forma, *povo* se opõe exatamente a *governo* [...] Um 'governo do povo' é, assim, uma contradição nos termos". (MIGUEL, 2013, p. 20). De acordo com o teórico da Constituição, "o conceito central da democracia é *Povo*, e não *Humanidade*". (SCHMITT, 2003, p. 230). Ou seja, trata-se da democracia do povo, não da democracia da humanidade. Nesse particular, segundo Schmitt (2003), haveria duas formas de tratar de minorias ou de imigrantes, ou eles são assimilados pela cultura dominante ou são oprimidos, expulsos, eliminados. (p. 228). As discussões sobre o populismo têm, nesse ponto, o seu lugar. Por exemplo, Müller (2016) sustenta que o populismo é aquele que toma uma parte do povo como sendo o verdadeiro povo.[6] O conceito de nação também tem aqui o seu topos. (SCHMITT, 2003, p. 228).

3. DIREITO ou LIBERDADE. Poder-se-ia nominar também no plural: direitos ou liberdades. Todas as versões de democracia têm preocupação em dar uma resposta a esse ponto, seja em um sentido mais amplo, mais restrito ou mais disciplinado. As três versões liberais da teoria focam nesse elemento. É o caso do núcleo ético-político da liberdade e da igualdade em Mouffe, dos direitos humanos em Habermas ou da igualdade da liberdade de voto em Schumpeter. Por certo, esse elemento cria diversas dissonâncias em relação à democracia. No caso da democracia homogênea, esse elemento é entendido de forma reduzida, no sentido de só haver os direitos reconhecidos pela comunidade entre os iguais,

[5] Como já mencionado, o conceito de representação é central, não só para a democracia, como para a política. Constant (1819) apontou para a necessidade da representação como verso da medalha do que ele nominou a liberdade dos modernos, haja vista não mais se poder exigir uma dedicação prioritária das pessoas à vida política, à liberdade pública. Para Schmitt (2003, p. 206), "(N)ão há Estado algum sem representação". De acordo com Miguel (2014, p. 13), "[...] a representação política é incontornável para qualquer tentativa de construção da democracia em Estados nacionais contemporâneos".

[6] Um dos aspectos dos governos populistas é que se torna difícil dizer qual parte do povo é tomada pelo todo, de tal forma que muitas bandeiras populistas acabam concorrendo entre si por hegemonia. A longo prazo, acaba se tornando um governo instável, devido ao acirramento da disputa pela hegemonia entre os vários grupos, bem como pelo crescente conflito entre as diferentes bandeiras.

ou seja, os direitos estariam informados pela igualdade democrática, a igualdade perante a lei. (SCHMITT, 2003, p. 174). Dito claramente, o seu conteúdo se determina pelas leis. Para alguns, como Nozick, a liberdade pode ser um outro nome para a justiça.

4. LEI ou AUTORIDADE. Trata-se de um elemento jurídico, aquele da lei positiva. Habermas, bem como a versão schumpeteriana, são fortes nesse quesito, diferentemente do modelo agônico. É praticamente ausente no modelo homogêneo, já que Schmitt teceu severas críticas ao direito, especialmente pelo seu viés positivista. No entanto, o elemento da segurança presente no direito, na medida em que se espera que repita, para casos semelhantes, as decisões pretéritas, é apenas um aspecto da lei positiva. O outro aspecto é aquele da discricionariedade defendida por muitos positivistas e que foi pouco aventada por Schmitt.[7] De outro lado, o elemento da lei positiva conecta fortemente com o poder. Em relação a esse ponto, vale acrescentar, o poder é um recurso escasso e disputado. O poder, sem um conteúdo mínimo (de liberdade, de igualdade, dentre outros), pode até ser viável, e ele foi viável ao longo da história sem que tal conteúdo tivesse sido estendido a todos, contudo, em tal caso, ele é e foi constantemente ameaçado por instabilidades. (HART, 1994, p. 201-202). Há, por certo, nesse quesito, uma conexão com o poder, como já mencionado há pouco, sendo apenas de se reforçar a ambiguidade existente entre poder e autoridade, destacada por Strauss, como visto acima. Em geral, essa instância cumpre uma função epistêmica no sentido da determinação de princípios

---

[7] O positivismo tende a ser desidratado de conteúdo ou tende a reduzir este a um mínimo, como em Hart. Não por outra razão, Habermas (2003) chama a atenção para o caráter processual do positivismo. Nesse diapasão, devido a ter acentuado o aspecto assecuratório do positivismo, Schmitt obliterou as possíveis conexões com a democracia majoritária, decorrente de outro aspecto saliente do positivismo, a discricionariedade. Na verdade, Schmitt tendia a localizar a discricionariedade no âmbito político e não no âmbito jurídico. Não obstante, com o eclipse da política, diagnosticada pelo próprio Schmitt, a decisão tem migrado cada vez mais para o âmbito da discricionariedade do direito. Hayek (1973), a seu modo, percebeu bem esse aspecto: “And since the theoreticians of democracy have for over a hundred years taught the majorities that whatever they desire is just, we must not be surprised if the majorities no longer even ask whether what they decide is just. Legal positivism has powerfully contributed to this development by its contention that law is not dependent on justice but determines what is just”. (p. 12).

abstratos, por exemplo, liberdade e igualdade, bem como uma função assecuratória.

A própria noção de povo, central para a democracia, no limite, toma seu sentido efetivo mediante uma determinação jurídica, a saber, o conjunto de seres humanos submetidos a um regime jurídico, por exemplo, o povo brasileiro é o conjunto dos seres humanos que estão submetidos à Constituição da República Federativa do Brasil.

5. JUSTIÇA ou IGUALDADE. Há uma gama de teorias a conectar, fortemente, igualdade e democracia: "O valor normativo a ser perseguido na democracia é a igualdade entre os indivíduos". (MIGUEL, 2013, p. 305). Rawls, por exemplo, usa o termo *igualdade* democrática no item 13 de sua obra máxima. De outro lado, segundo Schmitt (2003), muito embora se costume citar a liberdade e a igualdade como princípios democráticos, só a igualdade seria um princípio democrático; a liberdade, especialmente a individual, seria um princípio liberal. (p. 222). Vale destacar, como já avançado no conceito de povo, que, para ele, não se trataria de uma igualdade geral e indiferente, como avançado pelos liberais. (SCHMITT, 2003, p. 223-224). Noções como equidade, imparcialidade justiça, estão conectadas com esse aspecto. Nesse particular, a correlação entre essas noções não ocorre sem contusões, como se pode ver no trabalho de Frankfurt (2015). Por certo, a querela econômica também tem peculiar correlação com esse elemento.

6. ECONOMIA. Considera-se um item à parte, haja vista a importância que esse elemento porta em relação à democracia, desde Aristóteles, passando por Marx até Laclau e Mouffe. Ela compõe preocupação central da obra de Rawls, Dworkin, Habermas, Nozick, Fraser. Termos como fraternidade e solidariedade, além da já mencionada igualdade, têm correlação com esse elemento.

Como visto, dois desses elementos, poder e povo, compõem o próprio termo democracia. Três outros elementos traduzem os ideais da revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Este último ganha seu espaço privilegiado na dimensão da economia. O elemento jurídico ganha sua

importância, hodiernamente, no geral, como elemento mediador, ou seja, como árbitro, como é a hipótese aqui avançada.[8]

Optou-se por separar os elementos da liberdade e da igualdade porque esses dois princípios não são facilmente conjugáveis, como pode ser visto a partir de Hobbes, Kant e Habermas. Para o primeiro, nos termos do cap. XVI do Leviatã, o direito natural é a liberdade. Para ele, a igualdade, por um lado, é um fato natural, nos termos do cap. XIII do referido livro: "Porque quanto à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte"; por outro lado, é uma determinação da lei natural que aparece na segunda lei, "*contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo*", na nona lei, "*que cada homem reconheça os outros com seus iguais por natureza*" e, na décima lei, "*Que ao iniciarem-se as condições de paz ninguém pretenda reservar para si qualquer direito que não aceite seja também reservado para qualquer dos outros"*. Segundo Kant (RL, AA 06: 237-238), o único direito inato que os humanos têm em razão de sua humanidade é a liberdade; a igualdade está contida na liberdade. Por fim, para Habermas, "Normas de ação que surgem em forma jurídica autorizam os atores a fazerem uso de liberdades subjetivas de ação. A simples *forma* dos direitos subjetivos não permite resolver o problema da legitimidade dessas leis. Entretanto, o princípio do discurso revela que todos têm um direito à maior medida possível de *iguais* liberdades de ação subjetivas". (HABERMAS, 1997, p. 160). Vê-se bem, portanto, no caso de Habermas, que ambos os princípios têm fontes e fundamentos diversos, particularmente se o que estiver em consideração for a liberdade jurídica e não a liberdade comunicativa.

[8] Segundo Kelly (1969), o direito como mediação já poderia ser vislumbrado em certos aspectos do pensamento político de Rousseau e de Kant: "Whereas Rousseau's final position seems to have been a psychological effort to 'naturalize' moral obligation and legal constraint via habit as a way of evading the inevitability of social pain, Kant opts for the legal or juridical mean. Just as human history is the meeting ground of strict and free causality along a linear time-sequence, the notion of right seeks to relieve the tension between man's physical is and spiritual ought". (p. 112). Por certo, a posição de ambos os autores não é em termos de tudo ou nada. Ainda que em Rousseau possa haver uma preponderância da perspectiva ética sobre a jurídica, não significa a exclusão desta última, assim como, para Kant, a preponderância da perspectiva jurídica não significa a exclusão daquela moral. Uma forma de caracterizar tais perspectivas poderia ser nos termos de uma tensão entre as duas determinações.

Análise de alguns aspectos das teorias da democracia

Como visto, os vários modelos tecem severas críticas uns aos outros. Por exemplo, o modelo agregativo recebe críticas no sentido de o modelo econômico de tomada de decisão, que está em sua base, ser problemático para o campo político. A dificuldade apontada no modelo de Schumpeter seria o seu caráter formal e restrito ao direito de votar. Teria um déficit epistêmico concernente à liberdade, à igualdade e à economia em face da necessidade de lhes dar um sentido mais substantivo, o que, por certo, faz com que o elemento povo e poder tenham um papel mais destacado.

A teoria agônica, por sua vez, tece severas críticas ao modelo deliberativo. Não obstante, ela mesma reconhece que nem tudo é hegemonia ou poder quando apela ao chamado núcleo ético-político da igualdade e da liberdade. Por seu turno, o problema do modelo homogêneo é o exagero na politização como sendo conflito. Teria um déficit epistêmico no sentido de que as decisões parecem estar alicerçadas apenas em um voluntarismo aclamatório. Por outro lado, o modelo deliberativo é forçado a assumir que nem tudo é deliberação no significado estrito do predomínio do discurso, ou seja, do melhor argumento, pois haveria também negociações, as quais envolveriam relações de poder e de hegemonia.

Uma das mais duras críticas endereçada ao modelo deliberativo é que ele não seria realista e que não levaria a sério os conflitos. Sem embargo dessa crítica, veja-se, a propósito, o que Rawls afirma a respeito do intolerante. No limite, este teria que ser combatido. Os cidadãos que seguem os princípios de justiça poderiam até mesmo forçar os intolerantes a respeitar a liberdade dos outros. (RAWLS, 1999, p. 192). Habermas, por seu turno, também parece ter clara consciência dos limites da realidade, tanto que foca grandemente na coerção jurídica contra a força dos sistemas. Ademais, tem claramente presente o problema do dissenso, do conflito, senão veja-se.

Uma das objeções de McCarthy à sua teoria é justamente que ela não distinguiria conflitos mais importantes do que aqueles categorizados por Habermas como conflitos de interesses motivados estrategicamente. Haveria pelo menos mais dois tipos (MCCARTHY, 1991, p. 196). O primeiro diria respeito ao conflito que pode haver entre o bem comum e a economia. Ou seja, a disputa

não seria somente entre interesses particulares, mas seria uma disputa ético-política. O segundo tipo de desentendimento é mais grave, pois concerniria ao que Habermas chama conflito moral, ou seja, concerniria a algo que deveria vincular a todos igualmente. Ele apresenta, nesse particular, quatro exemplos: aborto, eutanásia, pornografia e direitos dos animais. A esse respeito, duas possibilidades podem se apresentar: "what one party considers to be a moral issue, another party may regard merely as a pragmatic issue or as a question of values open to choice or as a moral issue of another sort, or the opposing parties may agree on the issue but disagree as to the morally correct answer". (McCARTHY, 1991, p. 197). O caso do aborto é típico. Para uns, o feto é uma pessoa, portanto, tem direitos, o que implica alocar a proteção dos direitos do feto como questão de justiça, ou seja, daquilo que é devido aos outros; para outros, o feto não é uma pessoa, portanto, não tem direitos, o que implica que a sua vida está à disposição da ética subjetiva de cada um.[9] Para ele: "These types of disagreement are usually rooted in different 'general and comprehensive moral views'." (McCARTHY, 1991, p. 197). Por isso mesmo,

> disagreements of these sorts are likely to be a permanent feature of democratic public life. They are in general not resolvable by strategic compromise, rational consensus, or ethical self-clarification in Habermas's senses of these terms. All that remains in his scheme are more or less subtle forms of coercion, e.g., majority rule and the threat of legal sanctions. (McCARTHY, 1991, p. 198).

Não obstante, se os participantes forem reflexivos, bem como falibilistas, e considerarem as instituições e procedimentos justos, eles tenderão a avaliar as

[9] Essa oposição pode, ainda, vir marcada por diferentes visões de mundo, como aquela de muitos religiosos que acreditam no sesguinte: "First, God created the universe. Second, God created the universe for a purpose, and with a design or plan for achieving that purpose. Third, God's purpose for the universe is a supremely and inclusively good purpose – good in the sense that it involves the achievement of the blessedness of God's creatures. This framework of beliefs about life and the universe is vastly different from a secular framework, which instead views life largely as a fortunate (or perhaps unfortunate) accident without any encompassing purpose or plan". (SMITH, 2014, p. 1350). Convém anotar que já Coulanges (2009) apontava para o diagnóstico de que a crença religiosa, muito embora uma criação humana, seria mais forte do que os seus criadores, pois os homens acabariam submetidos ao seu próprio pensamento: "il est assujetti à sa pensée" (p. 163). O único reparo é que Coulanges aplicava esse diagnóstico ao homem antigo, não ao moderno. Sem embargo, as discussões políticas do século XX parecem sufragar a ideia de que o homem contemporâneo se encontra tão submetido à religião quanto o antigo, ao menos no que concerne à religião ser um elemento importante no debate político contemporâneo.

decisões como sendo legítimas, ainda que discordem delas. Ou seja, consentiriam com normas que em verdade consideram injustas, talvez, na esperança de mudá-las no futuro (McCARTHY, 1991, p. 198).

Habermas acolhe tal consideração como conflito de valores por contraposição a conflito de interesses e começa por registrar um certo encolhimento da capacidade das pessoas, juridicamente consideradas, privatizarem domínios da vida social, frente ao crescimento da identidade dos indivíduos, conectada com identidades coletivas, que não podem ser privatizadas. (HABERMAS, 1995-1996, p. 1.488).[10]

Nesse sentido, ele analisa dois mecanismos constitucionais que seriam capazes de neutralizar diferenças ou conflitos. (HABERMAS, 1995-1996, p. 1.489). O primeiro é pela distinção entre questões de justiça e questões da vida boa, ou seja, a diferença entre o justo e o bem, passível de aplicação para os casos da eutanásia e do aborto, por exemplo. Em casos assim, a questão estaria de tal modo ligada a visões de mundo, a ideologias, a religiões, que o conflito não poderia ser resolvido por discurso ou negociação, restando como alternativa justamente a sua privatização sob o viés do que seria eticamente disponível ao indivíduo decidir. (HABERMAS, 1995-1996, p. 1489). Porém, para tal, os sujeitos precisam tomar o ponto de vista moral: "They must, instead, take the *moral* point of view and examine which regulation is 'equally good for all' in view of the prior claim to an equal right to coexist". (HABERMAS, 1995-1996, p. 1.490). Como ele observa, por um lado, isso não resolve propriamente o conflito, apenas abstrai dele. Por outro lado, tal mecanismo de neutralização não significa que as consequências dessa regulamentação sejam distribuídas simetricamente. Pode ocorrer até o contrário disso. No caso de distribuição assimétrica das consequências acaba por acontecer um efeito colateral de se deixar irresoluta a controvérsia do conflito, tendo em vista a coexistência. Sabidamente, tal estratégica tende a beneficiar uma perspectiva liberal, por exemplo, em relação à eutanásia.

[10] Uma tese que relembra um ponto suscitado por Sandel (1998), quando afirma que os membros de uma sociedade "[…] conceive their identity- the subject and not just the object of their feelings and aspirations- as defined to some extent by the community of which they are a part. For them, community describes not just what they *have* as fellow citizens but also what they *are,* not a relationship they choose (as in a voluntary association) but an attachment they discover, not merely an attribute but a constituent of their identity". (p. 150).

A solução liberal da privatização funciona bem quando não se disputa a questão como matéria de justiça. Por exemplo, antanho a relação entre mulher e marido era considerada uma questão privada. Presentemente, questões relacionadas ao aborto, à eutanásia, ao tratamento dos animais, tendem a ser consideradas como sendo privadas. Não obstante, há contestações no sentido de serem consideradas matéria de justiça. Justamente por isso, faz-se necessária a tolerância, por exemplo, em relação ao aborto: "Instead, what is legally required of us is tolerance for practices that in 'our' view are ethically deviant. Tolerance is the price for living together in an egalitarian legal community". (HABERMAS, 1995-1996, p. 1.490).

O uso de tal estratégia só pode ocorrer sob o pressuposto de que o conflito seja considerado ético. (HABERMAS, 1995-1996, p. 1.491). Em outras palavras, ele concerniria a uma questão pessoal, não moral. Dito claramente, a problemática não diria respeito a uma matéria de justiça no sentido daquilo que seria bom para todos. Por conta disso, ocorre a exigência de mais tolerância de uns em relação aos outros, o que impacta o segundo modo de neutralizar diferenças: a legitimação pelo procedimento. Mesmo no nível altamente abstrato de discussão moral da primeira estratégia, o consenso, de fato, raramente é alcançado. Em sendo assim, pergunta-se, a busca pela única resposta correta seria uma ilusão? Mesmo que empiricamente os consensos sejam bastante ilusórios, cabe perguntar, mais uma vez, por que a busca pela única resposta correta seria ainda necessária? Em a resposta sendo positiva, como reconciliar tal desiderato com a evidência dos dissensos permanentes?

Em consideração à primeira questão, dito cruamente, a crença na possibilidade da única resposta correta é necessária porque senão a alternativa seria a violência. Em outras palavras, caso não fossem possíveis esses vários tipos de entendimento entre as diferentes visões de mundo, então, a alternativa seria o conceito de política defendido por Schmitt em *O conceito do político* e em *A crise da democracia parlamentar*. (HABERMAS, 1995-1996, p. 1.493). Se os conflitos políticos forem de natureza ética e não puderem ter uma redescrição em um nível mais abstrato de justiça, então, haveria pouca alternativa à violência. Nesse caso, "Political disputes would forfeit their deliberative character and degenerate into purely strategic struggles for power [...]". (HABERMAS, 1995-1996, p. 1.493).

Desse modo, repõe-se a questão: como o procedimento pode suportar essa demanda? Precisamente nesse caso, para Habermas, a institucionalização jurídica do procedimento comunicativo pode ajudar. Com efeito, "a specific feature of law is that it can legitimately *compel*". (HABERMAS, 1995-1996, p. 1.494). Com isso, o discurso político e de negociação ganha algumas propriedades formais do direito. Por exemplo, sob o ponto de vista externo, limitações de tempo, bem como decisões por maioria, podem ser introduzidas como regras que, sob o ponto de vista interno do participante, não afetam a força legitimatória discursiva. Nesse diapasão, é pressuposta a legitimidade *prima facie* das decisões majoritárias, a despeito das limitações de tempo existentes para que uma decisão seja tomada, em geral por votação. Tratar-se-ia de um procedimento imperfeito porque não poderia garantir que o resultado viria marcado pela correção; por outro lado, seria um procedimento puro, pois não haveria critério de correção independente do próprio procedimento. (HABERMAS, 1995-1996, p. 1.494-1.495).

Nessa perspectiva, para que a tolerância seja razoável, é necessário que haja uma base para concordar em discordar, senão, seria apenas um *modus vivendi.* (HABERMAS, 1995-1996, p. 1.500). No entanto, Habermas diagnostica que a tolerância vem sendo experimentada subjetivamente, de forma crescente, como não razoável. (HABERMAS, 1995-1996, p. 1.500). Por conseguinte, a tolerância é um recurso político que escasseia, o que pode ter por consequência a exacerbação na sociedade do ódio e do conflito. Habermas pensa que uma das maneiras de fazer frente a isso seria por uma fundamentação normativa da tolerância. (HABERMAS, 1995-1996, p. 1.501).

Como conclusão, ele avança a tese segundo a qual, "The democratic process promises to deliver an 'imperfect' but 'pure' procedural rationality only on the premise that the participants consider it possible, in principle, to reach exactly one right answer for questions of justice".[11] Precisamente contra isso a perspectiva agônica levanta as suas suspeitas, as quais são admitidas por Habermas, na sua explicação do *em princípio* da citação, no sentido de "operate with the (generally valid) premise of 'one right answer' merely as a promissory note or bill to be paid at a later date". (HABERMAS, 1995-1996, p. 1.502).

[11] Habermas (1995-1996, p. 1.501). Ver a esse respeito Lafont (2003).

O direito como árbitro

As diversificadas teorias da democracia combinam os elementos de forma diferente, dando maior ou menor importância a alguns deles. Há leituras que tomam a democracia como incompatível com direitos individuais fortes, como é a proposta homogênea. Há outras que a tornam incompatível com um tipo de economia, a capitalista, como o modelo agônico. Essas posições têm, outrossim, restrições ao modelo fortemente juridicizado de democracia. Dito em outras palavras, haveria uma incompatibilidade da democracia com o liberalismo, com a economia capitalista e com direito positivo. Desse modo, há leituras com acento mais incompatibilista, como os dois modelos citados. Esses modelos destacam o aspecto mais político, no sentido do conflito de interesses, da dominação e da hegemonia de um grupo sobre outros. Há outras leituras mais compatibilistas, umas com acento mais ético, como as propostas de Rousseau e de Honneth, outras com acento mais jurídico, como aquela de Habermas. Aliás, vale anotar, o próprio modelo agônico de Mouffe clama por um núcleo ético-político. Para uma versão mais crítica do modelo jurídico, o elemento ético terá que predominar. Para um modelo mais jurídico, espera-se que o elemento ético ou moral possa ser vicariamente engendrado por mecanismos institucionais. Talvez, nesse quesito, Mouffe defenda um tipo de ética com base na conversão ou na hegemonia, ou seja, uma espécie de ética política.

Essas leituras[12] têm uma longa tradição que vem ao menos desde Hobbes, a incluir Locke, Kant, Rousseau, Rawls, Habermas. De acordo com os compatibilistas, seria possível harmonizar, equacionar, combinar, os cinco elementos. Por exemplo, a proposta de Habermas (1997b, p. 10-11) defende haver um nexo constitutivo entre poder e direito. (p. 10). Nesse sentido, ela inclui o conceito de poder [*Macht*] e de autoridade [*Autorität*] normativa que

[12] É possível vindicar essas duas últimas leituras compatibilistas em dois textos publicados em 2018. Por um lado, Levitsky e Ziblatt apelam para normas não escritas, com o fito de mostrar o que mantém viva a democracia. Para eles, nos Estados Unidos, haveria duas regras não escritas, tolerância mútua, ou seja, o entendimento de que os partidos que competem aceitam um ao outro como rivais legítimos, e autocontrole [forbearance], ou seja, a ideia de que os políticos deveriam exercitar a restrição no exercício de suas prerrogativas institucionais. Foram essas normas que reforçaram a democracia americana do século XX. Ora, tais normas parecem ter um acento claramente ético. Runciman, por seu turno, parece chamar a atenção para o aspecto institucional. Na democracia moderna os impulsos das massas foram domesticados por institutos jurídicos, como a presunção de inocência, os direitos individuais e das minorias.

advém justamente pelo direito legítimo. Portanto, diferentemente da proposta agônica, o conceito de Poder Político não é reduzido ao poder social. Justamente, segundo Habermas, as leituras empiristas, como a de Mouffe, que fala em objetividade social, não ignoram a relação entre poder e legitimidade, mas tendem a reduzir a legitimidade ao poder social como força [*Kraft*] capaz de impor interesses. Como visto, o conceito de hegemonia operaria uma convergência entre objetividade e poder, de tal forma a não haver lacuna insuperável entre poder e legitimidade. Para Habermas, é diferente. Sob o ponto de vista do participante, as condições de aceitabilidade [*Akzeptabilität*] do direito e da dominação política [*politischer Herrschaft*] se transformam em condições de aceitação [*Akzeptanzbedingungen*], quando, então, as condições de legitimidade se tornam condições da estabilidade de uma crença geral na legitimidade do governo. Ou seja, não se trata do fato do poder social como quer Mouffe.

Evidentemente, isso confere um papel destacado às instituições jurídicas, especialmente a sua função judicante. Veja-se que um sentido realmente exacerbado da interpretação pode correr na direção de um sem-sentido pleno dos princípios ético-políticos da liberdade, da igualdade e da fraternidade. Como bem destacou o filósofo-político inglês, "todas as leis, escritas ou não, têm necessidade de uma interpretação". (Hobbes, 1979, cap. XXVI). A despeito disso, a interpretação do soberano encontra um limite na disposição de obediência do súdito, na medida em que suas ordens têm que ter em vista a proteção do mesmo, como se lê no último parágrafo do Leviatã: "E assim cheguei ao fim de meu discurso sobre o governo civil e eclesiástico, ocasionado pelas desordens dos tempos presentes, sem parcialidade, sem servilismo, e sem outro objetivo senão colocar diante dos olhos dos homens a mútua relação entre proteção e obediência, de que a condição da natureza humana e as leis divinas (quer naturais, quer positivas) exigem um cumprimento inviolável". Ora, não há proteção sem conteúdo certo, por exemplo, a proibição do homicídio. Desse modo, a proposta de um sem-conteúdo absoluto como condição da ordem política, como parece pressupor o conceito de hegemonia que se põe no lugar de uma falha ou uma ausência radical de conteúdo, não pode ser levada até o final, ao menos sob o pálio da democracia agônica que quer incluir todos, não só os trabalhadores, e que, por isso mesmo, na letra do próprio texto, já não pode abdicar de duas determinações bem claras, as quais, portanto, constituem uma

atmosfera por contraposição ao vácuo, ainda que rarefeita, aliás, com conteúdo oxigenado bem claro, a saber, direito à vida, direito à livre expressão de ideias, direito à tolerância:

> Vislumbrada a partir da óptica do "pluralismo agonístico", o propósito da política democrática é construir o "eles" de tal modo que não sejam percebidos como inimigos a serem destruídos, mas como adversários, ou seja, pessoas cujas ideias são combatidas, mas cujo direito de defender tais ideias não é colocado em questão. Esse é o verdadeiro sentido da tolerância liberal-democrática. (MOUFFE, 2005, p. 20).

Reale propôs uma teoria do direito, chamada por ele de tridimensional. Ele restringiu a teoria tridimensional ao domínio da ética, com alguma aplicação na estética. Pretende-se fazer duas alterações na sua teoria. A primeira é transformá-la nos termos de uma metateoria. Na verdade, não se trata de uma teoria específica, mas de uma metateoria sobre a ética, a incluir o direito, a moral, a política. Nesse sentido, os quatro modelos de teoria democrática teriam aspectos tridimensionais, já que têm aspectos filosóficos, sociológicos ou fáticos e jurídicos. O ponto mais importante para a presente proposta é que o tridimesionalismo de Reale poderia apoiar o que se chamou de versões compatibilistas das teorias democráticas.

A teoria tridimensional, de acordo com seu autor, pressuporia uma complementariedade das pesquisas filosóficas, com finco no fundamento do valor, das pesquisas sociológicas, com viés na eficácia dos fatos e das ciências jurídicas, com base na vigência da norma. (REALE, 1986, p. 14). Desse modo, fato, norma e valor não seriam separáveis, mas momentos inelimináveis do direito. Por seu turno, o tridimensionalismo específico de Reale "procura correlacionar dialeticamente os três elementos em uma unidade integrante". (REALE, 1986, p. 48). Haveria uma tensão entre fato e valor, da qual resultariam as normas. (REALE, 2002, p. 392-393). Segundo Reale (1986, p. 57), a sua teoria tridimensional se distingue por ser concreta e dinâmica, ou seja, quando o sociólogo estuda o direito, as outras dimensões também estariam envolvidas, sendo que elas se alteram ao longo do tempo. Não se trataria, portanto, de uma trimencionalidade genérica ou abstrata, na qual o sociológico, o jurista e o filósofo estudariam o fenômeno separadamente. Ela teria concreção histórica, pois seria funcional e dialética, já que da polaridade ou tensão entre fato e valor

resultaria o momento normativo. Em epítome, ela seria concreta ou integrante, haja vista a norma ser uma realidade cultural, pois nela compor-se-iam conflitos de interesses e se integram renovadas tensões fático-axiológicas, segundo razões de oportunidade e de conveniência. Ou seja, a interpretação de uma lei dependeria de circunstâncias fáticas que se alteram, bem como da alteração do próprio valor, no caso de Reale, o valor da pessoa humana. De acordo com a teoria, a justificação do poder teria condicionamentos nos fatos, mas também no valor. (p. 61).

Como se vê, portanto, o modelo tridimensional de Reale sustenta a interpretação compatibilista dos diversos elementos que deveriam compor uma boa teoria da democracia.

Por fim, sob um viés de justiça, quiçá, poder-se-ia apontar para o caráter bem-sucedido da proposta compatibilista para realizar determinações de justiça. Para tal, toma-se como exemplar a teoria de Fraser (2013, p. 193), que é, precisamente, uma teoria tridimensional da justiça, a envolver a redistribuição, o reconhecimento e a representação. Justiça, para ela, significa paridade de participação, de tal forma que com essa formulação ela correlaciona diretamente justiça e democracia. Segundo o seu modelo, injustiças são consideradas como obstáculos à participação: por um lado, no domínio da economia, tal obstáculo ou injustiça seria a má-distribuição; de outro lado, hierarquias sociais e culturais que ferem o igual *status*, também afetariam a paridade de participação. Vale anotar que essas desigualdades de *status* são nominadas por ela de reconhecimento falho [*misrecognition*]. Essas duas dimensões da justiça, a econômica e a cultural, têm relações mútuas, mas não se reduzem uma à outra (FRASER, 2013, p. 194). Por fim, ela acrescenta uma terceira dimensão, aquela propriamente política, instância na qual as lutas referentes à má-distribuição e ao reconhecimento falho são, na verdade, decididas. Tal dimensão concerne a quem decide e a como se decide. Tem relação, portanto, com a representação. (FRASER, 2013, p. 195). A injustiça, nessa dimensão, é a representação falha [*misrepresentation*]. Por certo, essa dimensão tem relação com as outras duas esferas, mas não pode ser reduzida a elas. (FRASER, 2013, p. 196). O viés político-democrático de sua proposta se mostra em uma certa prioridade da dimensão da representação em relação às outras duas esferas: "Thus, no redistribution or recognition without representation". (FRASER, 2013, p. 199).

Ora, é possível avaliar as democracias atuais, fortes no predomínio do elemento da lei positiva, no sentido de terem avançado nas dimensões da justiça propostas por Fraser, haja vista terem determinado e assegurado, não sem luta política, direitos de participação no poder, direitos sociais que asseguram condições mínimas de vida, bem como determinarem e assegurarem o respeito a um *status* igualitário mínimo no sentido do reconhecimento devido igualmente a todos, ainda que não em um sentido afetivo.

Nesse particular, o projeto da democracia deliberativa de Habermas, com base em papel bastante expressivo do direito positivo, inclusive como compensação pelas falhas de eticidade, contrasta com a versão honnethiana de democracia em bases mais éticas que jurídicas. (VOLPATO DUTRA, 2017). Honnetth parece ter operado, inclusive, uma espécie de virada afetiva na teoria crítica. Mais que isso, o reconhecimento, no sentido da afetividade, acaba galgado o fundamento da própria cognição de mundo. (HONNETH, 2008, p. 40s). Analogamente à terminologia de Darwall (1977), opera-se um deslocamento do reconhecimento como respeito moral e jurídico para o reconhecimento como afeto [appraisal] (p. 39). Deve-se destacar, inclusive, o modo como Honneth parece recepcionar, por um lado, a crítica de Marx ao direito, mas sem dar, como Marx, o devido peso à economia; por outro lado, ele parece reconstruir ou atualizar a crítica de Hegel a Kant; contudo, dando o peso maior não ao Estado, mesmo que inflado eticamente, mas aos afetos de amor e de estima posto no vácuo deixado pelas relações jurídicas e morais inquinadas de patologia. (HONNETH, 2015, cap. 4.3 e 5.3). Tendo em vista essa discussão, vale anotar essa frase atribuída a Martin Luther King Júnior “It may be true that the law cannot make a man love me, but it can keep him from lynching me, and I think that’s pretty important”. (Apud SCHAUER, 2015, p. 22).

Em relação a essa guinada afetiva, deve-se perguntar se a mola que poderia impulsionar a crítica e a luta pela emancipação estaria melhor tensionada se alicerçada nos afetos do que no discurso, visto que tal determinação poderia ser menos afetada por fenômenos obnubiliadores, como a ideologia ou a alienação, que pareceriam atingir mais um modelo calcado na racionalidade comunicativa.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. A jurist confronting himself: Carl Schmitt's jurisprudential thought. In: MEIERHENRICH, Jens; OLIVER, Simons (Ed.). *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 457-470.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer:* o poder soberano e a vida nua I. [H. Burigo: *Homo sacer*: il potere sovrano e la nuda vita I]. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2002.

ARISTÓTELES. *Política.* [Edição bilíngüe]. Trad. de A. C. Amaral e C. C. Gomes. Lisboa: Vega, 1998.

ARROW, Kenneth J. *Social choice and individual values.* 2. ed. New York: John Wiley & Sons, 1963 [1951].

CONSTANT, Benjamin. *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*. 1819. Disponível em: <http://www.panarchy.org/constant/liberte.1819.html>. Acesso em: 12 mar. 2018.

COULANGES, Fustel de. *La cité antique:* étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome. 10. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009[1864].

CRISTI, Renato. Schmitt on constituent power and the monarchical principle. *Constellations*, v. 18, n. 3, 2011.

DARWALL, Stephen. Two kinds of respect. *Ethics,* v. 88, n. 1, p. 36-49, 1977.

DOWNS, Anthony. *An economic theory of democracy*. New York: Harper & Row, 1957.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust:* a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FRANKFURT, Henry G. *On Inequality*. Princeton: Princeton University Press, 2015.

FRASER, Nancy, HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*. New York: Verso, 2003.

FRASER, Nancy. *Fortunes of feminism:* from state-managed capitalism to neoliberal crisis. London: Verso, 2013.

FRASER, Nancy. *Scales of justice.* New York: Columbia University Press, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles? *Political Theory*, v. 29, n. 6, p. 766-781, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre faticidade e validade. [v. I]. Trad. de F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a [1992].

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre faticidade e validade. [v. II]. Trad. de F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b [1992].

HABERMAS, Jürgen. *Identidades nacionales y postnacionales*. Trad. de M. J. Redondo. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Na esteira da tecnocracia:* pequenos escritos políticos XII. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Ed. da Unesp, 2014.

HABERMAS, Jürgen. On law and disagreement: some comments on "interpretative pluralism". *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 187-94, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants: Benjamin N. Cardozo School of Law. *Cardozo Law Review*, v. 17, p. 1477-1557, 1995-1996.

HABERMAS, Jürgen. *The inclusion of the other:* studies in political theory. Transl. De Ciaran Cronin: Die Einbeziehung desanderen Studien zur politischen Theorie. Cambridge: MIT Press, 1998 [1996].

HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994 [1961].

HAYEK, F. A. *Economic freedom and representative government*. The Wincott Foundation, 1973.

HAYEK, F. A. Entrevista realizada por Renée Sallas. *El Mercurio*, Santiago de Chile, 12 de abril de 1981, p. D8-D9.

HECK, José N. Habermas e Rousseau: uma relação difícil. *Veritas*, v. 1, n. 2, 2008.

HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. de J. P. Monteiro e M.B.N. da Silva: Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979 [1651].

HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. [S. Krieger: *Das Recht der Freiheit*]. São Paulo: Martins Fontes, 2015 [2011].

HONNETH, Axel. *Reification:* a new look at an old idea. Oxford: Oxford University Press, 2008.

KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Trad. de J. Beckenkamp: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtlehre. São Paulo: Martins Fontes, 2014 [1797].

KELLY, George Armsgtrong. *Idealism, politics, and history:* sources of hegelian thought. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

LAFONT, Cristina. Procedural justice? Implications of the Rawls-Habermas debate for discourse ethics. *Philosophy & Social Criticism*, v. 29, n. 2, p.163-181, 2003.

LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. *How democracies die*. New York: Crown, 2018.

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2005.

McCARTHY, Thomas. *Ideals and Illusions:* on reconstruction and deconstruction in contemporary critical theory. Boston: MIT, 1991.

MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação:* territórios em disputa. São Paulo: Ed. da Unesp, 2014.

MOUFFE, Chantal, LACLAU, Ernesto. *Hegemony and socialist strategy:* towards a radical democratic politics. London and New York: Verso, 2001 [1985].

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. *Revista de sociologia e política*, n. 25, p. 11-23, 2005.

MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*. London and New York: Verso, 2000.

MÜLLER, Jan-Werner. *What is populism.* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016.

RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia.* Trad. de M. Echalar: La haine de la démocratie. São Paulo: Boitempo, 2014.

RAWLS, John. *A theory of justice*. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999 [1971].

RAWLS, John. *Political liberalism:* expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005 [1993].

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002 [1953].

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1986 [1968].

RUNCIMAN, David. *How democracy ends*. London: Profile Books, 2018.

SÁ, Alexandre Franco de. Sobre a justificação racional do poder absoluto: racionalismo e decisionismo na *Teologia política* de Carl Schmitt. *Revista Filosófica de Coimbra*, n. 23, p. 157-180, 2003.

SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998 [1982].

SCHAUER, Frederick. *The force of law.* Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Trad. de Álvaro L. M. Valls: Der Begriff des Politischen. Petrópolis: Vozes, 1992 [1927, 1932].

SCHMITT, Carl. *Political theology:* four chapters on the concept of sovereignty. Trans. de by George Schwab: *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Cambridge: The MIT Press, 1985 [1922, 1934].

SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. [M. Herrero: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens]. Madrid: Tecnos, 1996a [1934].

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. [F. Ayala: Verfassungslehre]. Madrid: Alianza, 2003 [1928].

SCHMITT, Carl. *The crisis of parliamentary democracy*. 6. ed. Trans. de by Ellen Kennedy: Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus. Cambridge: MIT Press, 2000 [1923].

SCHMITT, Carl. *The Leviathan in the state theory of Thomas Hobbes:* meaning and failure of a political symbol. Transl. de G. Schwab, E. Hilfstein: Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Westport: Greenwood Press, 1996 [1938].

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. London and New York: Routledge, 2003 [1943].

SMITH, Steven D. Is god irrelevant? *Boston University Law Review*, v. 94, p. 1339-1355, 2014.

STRAUSS, Leo. *Natural right and history*. Chicago: The University of Chicago Press, 1965 [1953].

URBINATI, Nadia. *Representative democracy*: principles and genealogy. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

VOLPATO DUTRA, Delamar José. Com Honneth contra Honneth a favor de Habermas. *Veritas,* v. 62, n. 1, p. 130-168, 2017.

WALDRON, Jeremy. *Political political theory:* essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

4
Filosofia e Direito: um debate sobre os conflitos ambientais urbanos à luz do pensamento waratiano

Élcio Nacur Rezende*
Letícia Diniz Guimarães**

Introdução

O tema abordado neste artigo trata das formas de resolução de conflitos decorrente de lides que discutem danos ao meio ambiente urbano.

Os conflitos ambientais, no âmbito do Poder Judiciário, encontram obstáculos de natureza processual, tanto para adequação das normas quanto para a ineficiência do procedimento temporal. Já que o processo é moroso, ineficaz, e o conservadorismo do Poder Judiciário impede a análise da situação posta em discussão de forma satisfatória para as partes, esse é, insofismavelmente, um problema.

Diante do problema, o objetivo deste texto é demonstrar a solução na seara jurisdicional, pela qual o juiz deve dizer o direito sobre um caso concreto, considerando as futuras gerações e a coletividade, encontrando um ponto de equilíbrio, em relação ao crescimento econômico, o que justifica essa pesquisa.

Diversos instrumentos normativos foram criados para tentar definir o Direito Ambiental, seus limites, as áreas que deveriam ser protegidas, as punições no caso de descumprimento e princípios norteadores para auxiliar nas decisões mais abstratas e imprevisíveis.

Assim, houve a tentativa de enquadrar o Direito Ambiental nas normas, nos paradigmas e no sistema dos outros direitos, sem atentar para o fato de que se trata de direitos indisponíveis, difusos e coletivos, com uma perspectiva completamente diversa. E, da mesma maneira, não se pensou que as formas preferenciais de resolução de conflitos poderiam ser mais eficientes que os métodos arraigados e costumeiros adotados no ramo do Direito Privado.

* Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito. Professor no Programa de Pós-Graduação da Escola Superior Dom Helder Câmara. *E-mail*: elcio@domhelder.com.br
** Acadêmica do curso de Mestrado em Direito Ambiental da Escola Superior Dom Hélder Câmara. Advogada. *E-mail*: dinizle23@gmail.com

Dessa forma, propõe-se o debate acerca da possibilidade de utilização dos meios preferenciais de resolução de conflitos, especificamente a conciliação, prevista no Processo Civil brasileiro, para dirimir conflitos no Direito Ambiental quanto à degradação urbana.

O tema mostra-se bastante pertinente, posto que o Código de Processo Civil de 2015 inova ao trazer propostas para os magistrados poderem exercer a jurisdição, tendo em vista o arraigado e ineficaz sistema ao qual estão acoplados.

Além disso, a busca por novos institutos, que tragam mudanças na forma e no sistema de jurisdição atual, trará impactos para toda a sociedade, buscando saídas mais eficazes à coletividade, com condições mais dignas de sobrevivência.

Para alcançar o objetivo proposto, utilizou-se o método teórico-jurídico com raciocínio dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica e documental, apontando como Referenciais Teóricos Lecir Maria Scalassara e Luís Alberto Warat, que defendem a aplicação dos meios consensuais de resolução de conflitos como proposta às mazelas ao atual sistema jurisdicional.

1 A atual conjuntura jurisdicional no Brasil

A discussão acerca do distanciamento entre a função do Poder Judiciário e seu efetivo impacto, na resolução de lides, ultrapassa décadas. As tentativas de propostas para adoção de meios mais céleres, eficazes e adequados, de acordo com Soares (2017), datam do início da década de 90 (século XX), quando a estrutura das demandas sofreu profundas transformações.

A busca pelo Poder Judiciário tornou-se maior quando a perspectiva de guardião da Constituição Federal foi disseminada na população. A criação dos Juizados Especiais possibilitou o concreto acesso à Justiça, assegurado no art. 5º da Constituição Federal e, em decorrência desse processo, a banalização das demandas e os efeitos colaterais da judicialização tornaram-se verdadeiros empecilhos na sociedade. Nesse sentido, Scalassara (2006) defende que existe um grande descontentamento com o funcionamento do Poder Judiciário, que não oferece aos jurisdicionados um amplo acesso à justiça; a prestação jurisdicional é morosa, cara e ineficiente.

As relações ficaram complexas, as leis, mais ineficientes, e as decisões, mais distantes da realidade. Na visão de Ferrareze Filho (2017), o jurista perdeu a

sensibilidade para perceber a fragilidade da linguagem e de que os conflitos ultrapassam a seara normativa, afetando a intersubjetividade humana. Cabe o questionamento: O Direito é livre para eleger seus caminhos ou fica à mercê da cultura e da consciência coletiva determinada de tempos em tempos?

Conclui-se que o sistema judiciário declarou sua falência e, ao realizar funções atípicas, o Poder Judiciário busca a pacificação social e a justiça, em uma tentativa frustrada de atender à função tradicional para o qual foi designado.

Nessa seara, surgem mecanismos que anseiam a busca pela pacificação social, descrita no inciso I do art. 3º da CF/88, pelo Estado. E essa demanda requer um retrocesso da forma pela qual o conflito é encarado, para que o elemento principal seja colocado em prática: o diálogo entre os envolvidos, ponto tão defendido por Warat (2010). É importante salientar que, atualmente, o nível de intervenção e dependência estatal chegou a ponto de invadir o ambiente social de modo geral, regulando ações, ditando normas e induzindo comportamentos. Assim, meios de resoluções de conflitos ganharam visibilidade, na busca pelo desabalroamento do Judiciário, permitindo maior grau de satisfação dos envolvidos e, por consequência, o cumprimento do que foi acordado.

No Brasil, principalmente por predominar a cultura da judicialização, os sinais de um apelo social pela superação dos paradigmas adotados são muito nítidos. A falência do modelo judicial é evidenciada pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, que elabora anualmente um Relatório de Avaliação do Programa, no qual constam dados levantados acerca da litigiosidade na Justiça Federal, Eleitoral, Militar, do Trabalho, Tribunais Superiores e Auditorias Militares da União, acerca do índice de recorribilidade, do tempo médio do processo, das classes, dos assuntos mais recorrentes, das despesas e da força de trabalho envolvida, fornecendo um panorama geral de caráter objetivo sobre a situação atual do Poder Judiciário brasileiro.

2 O apelo social por novas modalidades de resolução de conflitos

A sociedade desenvolveu-se, assim como as demandas propostas, os assuntos discutidos e as formas de lidar com conflitos. A dinâmica e a urgência

pela busca da inovação refletem diretamente na legislação ultrapassada que perfaz o ordenamento jurídico brasileiro.

Em 2010, o presidente do Conselho Nacional de Justiça emitiu a Resolução 125, sobre a possibilidade de adoção dos meios consensuais, mediação e conciliação, bem como prestar atendimento e orientação ao cidadão, conforme disposto em seu art. 1º. Tal resolução estabeleceu diretrizes ao próprio CNJ e aos Tribunais a respeito das novas formas de solução de conflitos apresentados, como o incentivo à autocomposição, criação dos "Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos" e dos "Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania", além de regulamentos aos mediadores e conciliadores sobre a capacitação, as técnicas e o código de ética a ser utilizado.

No mesmo ano, Warat escreveu a obra *A rua grita Dionísio: cartografia, surrealismo e direitos humanos*, que apostava na enunciação do sujeito, no entendimento através do diálogo e da mediação como alternativa à desconfiguração da norma em si, em prol do alcance ao verdadeiro problema causado pelo conflito. Propunha de certa forma o nascimento de um novo ser humano, através de um novo direito instrumentalizado pela mediação. E, ao perceber as mazelas do sistema judiciário e educacional, descobriu no diálogo a superação de perspectiva.

Em 2011, em Minas Gerais, criou-se um núcleo de métodos consensuais, como forma de se instituir uma política permanente de incentivo e aperfeiçoamento desses mecanismos, sendo um dos resultados a constituição dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, nas comarcas mineiras, como apresenta Lana (2014).

Em 2015, duas leis federais,[1] que regulamentavam as figuras da conciliação e mediação foram aprovadas, demonstrando uma mudança na perspectiva social.

Imprescindível, portanto, é a abordagem quanto à conceituação e classificação dos três meios de resolução de conflitos, ainda que apenas um seja o enfoque desta pesquisa.

[1] Código de Processo Civil de 2015 e Lei 13.140/15 (Lei da Mediação).

2.1 A modalidade da arbitragem

Contemplada pelo Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 3º, § 1º, a arbitragem está disciplinada na Lei 9.307/96 e pode ser definida como "meio privado e alternativo de solução de conflitos referentes aos direitos patrimoniais e disponíveis, através do árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral". (SCAVONE, 2009, p. 15). É um meio de heterocomposição no qual um terceiro, escolhido pelos envolvidos, impõe a solução para o conflito instaurado, em que est´s predominante a autonomia da vontade. As partes precisam ser capazes (art. 851, CC/02), legítimas e comprovadamente interessadas, cumprindo aos árbitros a avaliação, inclusive por serem juízes de fato e proferirem, no final, um laudo arbitral com teor e força de sentença propriamente dita.

O objeto desse instituto, no entanto, é restrito: apenas direitos patrimoniais disponíveis, como estabelecido nos arts. 852 do Código Civil e 1º da Lei 9.307/96. Porém, nada obsta que os litigantes estipulem objetivamente as regras aplicáveis, conforme preceitua o art. 2º da mesma Lei supracitada, diferenciando a arbitragem de direito ou de equidade.

Ainda, para Scavone (2009), a disponibilidade dos direitos se liga à possibilidade de alienação e, principalmente, àqueles direitos que são passíveis de transação. Assim, no próprio exemplo citado pelo autor, "a afronta aos direitos indisponíveis, a exemplo dos direitos da personalidade, como é cediço, são indenizáveis e, quanto a essa indenização, cabe à arbitragem, tal qual delineada na Lei 9.307/96". (SCAVONE, 2009, p. 22). Em caso de divergência quanto ao andamento do processo ou cláusula do compromisso, há sempre a possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário para dirimir o conflito.

Abrem-se, portanto, precedentes para a aplicação do instituto em direitos ou desmembramentos dos direitos indisponíveis.

2.2 A modalidade da mediação

A mediação "visa à composição dos desavindos, independentemente do conteúdo" (ASSIS, 2015, p. 95), ou seja, há a necessidade de existência de um vínculo prévio entre as partes, conforme indica o art. 165, § 3º, do Novo Código de Processo Civil. Impõe-se, ainda, a participação e a presença dos litigantes,

"sob pena de frustarem-se os objetivos da justiça restauradora, finalidade essencial da mediação". (ASSIS, 2015, p. 99).

Quanto ao procedimento adotado, não há regras; em contrapartida, técnicas devem ser utilizadas pelo terceiro envolvido (mediador), para atingir os resultados pretendidos. Para Assis,

> concebe-se a mediação como fase preliminar do processo civil e como alinhavo da futura decisão autoritária. Particularmente, propicia a mediação quando não convém impor a uma das partes o sacrifício integral do seu interesse, porque os litigantes relacionam-se de uma forma duradoura. (ASSIS, 2015, p. 93).

A Lei 13.140/15, em seu art. 3º, dispõe que pode ser objeto da mediação "o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação". Admite-se, ainda, que a mediação trate de apenas parcela do conflito.

Esse instrumento normativo também prevê a possibilidade de dirimição de controvérsias entre a administração pública, suas fundações e autarquias e a resolução dos conflitos pela *internet*, se ambas as partes concordarem.

A mediação, inclusive por deter relevância democrática, encontra fundamento filosófico na Teoria da Ação Comunitária[2] de Jurgen Habermas, explicada por Sales (2003), e representa a efetivação do diálogo e do estímulo à ação comunicativa, estabelecida no discurso de igualdade.

Inclusive as propostas de Warat (2010) a respeito da descentralização e desburocratização do poder jurisdicional envolvem o instituto da mediação, justamente porque, como afirma o jusfilósofo, não se ocupa com a asfixia da norma, mas em suturar a chaga aberta pelo conflito.

2.3 A modalidade da conciliação

A tentativa de conciliação ganhou suma importância no final do século XX. Teve seu advento na legislação francesa de 1790, época em que o empoderamento do Estado-juiz e o autoritarismo perderam forças para esse instituto.

[2] "Expostas em duas obras de Habermas, a Teoria da Ação Comunicativa aborda a racionalidade que, desprendida do subjetivismo e individualismo, constrói um conceito de sociedade que integra o mundo sistêmico e o mundo da vida". (SALES, 2003, p. 171).

Assis (2015) relata que o aumento dos conflitos reorganizou o aparelho judiciário, na tentativa de aliviar o conjunto dos órgãos decisórios dos processos em que houvesse a possibilidade de obter um acordo.

Atualmente, a conciliação tem se destacado nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. O advento do Novo Código de Processo Civil mostra isso com clareza: é facultado às partes o encerramento do litígio mediante autocomposição; há a oportunidade de audiência preliminar com a finalidade conciliatória (art. 334, CPC/15) e audiência de instrução e julgamento que proporcionam o encontro e o maior contato entre as partes, para a formação de um consenso ao menos parcial e a disposição de dez artigos dedicados aos conciliadores e mediadores (arts. 165 a 175).

Especificamente, a conciliação é a atividade desenvolvida pelos envolvidos perante um terceiro para obter um acordo. O objetivo é buscar a solução consensual da controvérsia por meio da composição justa, atuando o conciliador nas causas em que não houver vínculo anterior entre as partes, conforme ensina o parágrafo segundo do art. 165 do CPC.

A Lei 9.099/95, em seu art. 7º, ainda disciplina: "os conciliadores e Juízes leigos são auxiliares da Justiça, os primeiros, preferentemente, entre os Bacharéis em Direito e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência". São funções do conciliador interagir com as partes, opinar, intermediar, interferir, analisar e propor soluções para que ambos de certa forma possam sair ganhando.

A conciliação pode ocorrer na fase pré-processual, durante o processo em audiências para esta finalidade (arts. 334, 359, 357, do CPC) e a extraprocessual, longe do auspício judiciário, servindo o juiz apenas para fins de homologação (art. 515, CPC). Ainda, pode ser singular (só com as partes interessadas) ou interdisciplinar (com profissionais das áreas pertinentes).

Os efeitos da aplicação da mediação são variáveis. Caso as partes consigam chegar a um acordo, não só a lide estará encerrada, mas também ambas sentir-se-ão mais empenhadas em cumprir o termo que elas próprias elaboraram. Frustrada a tentativa, há ainda a possibilidade de intentar na esfera judicial, sob a égide de um Juiz distinto e desconhecido ao processo, para proferir novo parecer e, sendo a fase conciliatória endoprocessual, o juiz que atuou como

conciliador ainda estará apto a proferir uma decisão, baseando-se, além das provas disponibilizadas ao longo do processo, na própria vontade das partes.

3 A degradação ambiental urbana e o instituto da conciliação

As cidades foram criadas para suprir as necessidades humanas, principalmente o sentimento de união, no qual todos juntos devem desenvolver o bem-estar, almejados desde o século XVIII.

Atualmente, com a demanda pelo crescimento para fomentar o sistema econômico, diversos impactos ambientais foram causados, tornando-se problemas globais. O ponto conflitante centra-se na qualidade de vida, preceituada, na Constituição Federal, como direito fundamental a ser assegurado a todos.

A intensa demanda pela urbanização, o êxodo rural e diversos fatos históricos e sociais acarretaram muitos problemas devido à ausência de planejamento e gestão, na época, de deslocamento e organização em termos estruturais.

O Instituto Trata Brasil realizou uma pesquisa no período de 2003 a 2008 e constatou que o contingente populacional era em torno de 72 milhões, dividido em 81 municípios brasileiros, cada um com mais de 300 mil habitantes.[3]

A partir desse fato, é possível listar vários exemplos de degradação ambiental[4] no meio urbano, como esgotamento precário, alta taxa de problemas de saúde relacionados ao deficiente sistema de saneamento básico, caótica mobilidade urbana,[5] diversas espécies de poluição (sonora, visual, atmosférica, hídrica, do solo, térmica, luminosa, radioativa), criação de aterros sanitários, ausência de tratamento paisagístico, entre outros.

Na concepção de Grostein (2001), o crescimento metropolitano ainda apresenta como característica a importância da dimensão ambiental dos problemas urbanos, especialmente os associados ao parcelamento, uso e à ocupação do solo, outro ponto a ser refletido.

---

[3] Dados retirados do livro *A cidade real e a cidade ideal: em uma reflexão transdisciplinar* (RIOS, Mariza; CARVALHO, Newton Teixeira; KLEINRATH, Stella de Moura, 2013, P. 64).

[4] A Lei 6.938/81 prevê, em seu art. 3º, o conceito de degradação ambiental como "alteração adversa das características do meio ambiente". (BRASIL, 1981).

[5] Conceituada pela Lei 12.587/12 como a "condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano". (COSTA, 2014**,** p. 65).

O bem ambiental, justamente por ser de alcance tão amplo, deve ser percebido como modelo para abordar a cooperação e a negociação, pauta para a solução dos conflitos, fazendo uma conexão direta ao instituto da conciliação.

A cidade passa a ter outra conotação, integrando o patrimônio cultural de uma sociedade e integrante do Direito Ambiental. Em outras palavras, a cidade representa o ambiente em que seus habitantes, com sua bagagem cultural, vivem, manifestam suas vontades, socializam, crescem, se desenvolvem, exercem seus direitos perante uns aos outros e ao Estado. E, quando se fala em ocupação desordenada desse ambiente, principalmente devido ao déficit de infraestrutura, planejamento e gestão, surgem os problemas de saneamento básico, transporte, moradia, qualidade de vida e de serviços públicos, mostrando a impotência e a incapacidade do Estado em prover à população o direito à cidade.

Assim, é necessária a mudança de perspectiva no que tange à adoção de métodos como a conciliação em situações como as de degradação urbana ambiental.

Assim, para Souza (2012) é possível adentrar ao conceito de processo coletivo, que é instrumento ideal para a busca de uma solução em juízo para conflitos que envolvem políticas públicas, seja com finalidade de garantir o acesso à justiça, seja para garantir o principio da isonomia.[6] E, dada a complexidade envolvida na ponderação de questões técnicas e jurídicas, o caminho mais frutífero demonstra ser a conciliação. E sobre interesse coletivo dissertam:

> [...] é um conjunto de interesses individuais coincidentes, em torno de um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores. Por partir da necessidade de uma conjugação de interesses individuais, o interesse público altera-se em face do ponto de vista que ele é analisado. Mas, uma vez feita a ponderação acerca de quais interesses e direitos serão tutelados pelo Estado no caso concreto, essa resultante denominada "interesse público" passa a ter posição de supremacia sobre todos os interesses privados que possam conflitar com a finalidade pública." (MAGALHÃES; VASCONCELOS, 2010, p. 256).

---

[6] SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos*: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

No Brasil, o primeiro Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) em Matéria Ambiental de Mato Grosso, implementado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso (TJMT), foi inaugurado em 2015, objetivando a redução da litigiosidade a partir de incentivo a métodos consensuais, com fundamento na Resolução 125, de 2010.[7]

De acordo com o titular da Vara Ambiental de Cuiabá, juiz Rodrigo Curvo, o Centro de Conciliação tem como foco questões do meio ambiente urbano, envolvendo calçadas, limpeza de terrenos, segurança pública e queimadas urbanas.

Em Minas Gerais, conforme dados levantados pelo Ministério Publico, 90% dos casos de meio ambiente são resolvidos extrajudicialmente, e os resultados acarretaram a premiação realizada em 2013, colocando a iniciativa da implementação das técnicas de negociação entre as reconhecidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). No lado dos empresários, a conciliação oferece ainda uma considerável vantagem por conferir-lhes uma imagem positiva perante a opinião pública, além de contribuir para uma cidade melhor.

A cidade onde tantas necessidades emergentes podem não ter resposta está fadada a ser tanto o palco de conflitos crescentes, como sede de possibilidade de soluções. Há uma necessidade de contextualizar as legislações vigentes, no sentido de buscar soluções mais efetivas, permitindo o acesso e a liberdade de expressão aos diversos setores envolvidos, utilizando ferramentas a nossa disposição, como a conciliação**.**

4 Análises de casos

A utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos envolvendo entes públicos pode ser encarada como inclusão do outro· Enrique Dussel, citado por Souza (2012, p. 36) propõe, em sua filosofia da libertação, a alteração na perspectiva quanto aos envolvidos em uma tentativa de solução de um conflito. A mudança ocasiona o desprendimento do Estado como superior, permitindo o diálogo com quem, usualmente, está acostumado a seguir ordens, explicando o termo da libertação.

[7] Instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

O papel do Ministério Público é defender os interesses envolvidos por meio de instrumentos como o Termo de Ajustamento de Conduta na seara administrativa, permitindo que haja negociação sobre os conflitos dentro da normatização. A tutela do meio ambiente prioriza a negociação extrajudicial, na percepção de alguns promotores como Carlos Eduardo Ferreira Pinto que, pela sua celeridade, é também mais eficaz na proteção do bem ambiental, como defende Borges (2014). Caso haja frustração quanto aos mecanismos extrajudiciais como o TAC e a Recomendação, cabe ao *parquet* propor a Ação Civil Pública, resguardando, em todas as formas, o bem ambiental.

Adentrando na atuação do Ministério Público na utilização de métodos consensuais e da base primordial em comum entre eles, a comunicação, vale a análise de alguns casos bem-sucedidos expostos na Revista Institucional do MPMG.

4.1 Gerdau Açominas S.A.

O MPMG celebrou com a Gerdau Açominas S.A., empresa mineradora que explorava a região da Serra da Moeda, um TAC que teve como resultado a criação do Monumento Natural da Serra da Moeda, uma unidade de conservação de proteção integral. Esse acordo foi decisivo para que mudasse o relacionamento com o setor empresarial, baseando na negociação uma forma mais eficaz para proteção do meio ambiente, que permite maior agilidade na implantação das medidas compensatórias.

Por meio do termo, a sociedade empresária comprometeu-se a compensar os danos causados pela exploração mineral, prevendo a total recuperação do meio ambiente. A nova forma de lidar com conflitos envolvendo uma quantidade indeterminada de pessoas pôs fim a ação civil pública que suspendeu as atividades minerárias da região de Várzea do Lopes, no município de Itabirito. Além da recuperação do meio degradado pela atividade, a empresa se comprometeu a elaborar um inventário espeleológico e arqueológico na Serra da Moeda, além de construir uma Estrada-Parque em um trecho da BR-040 e depositar o valor de R$4,8 milhões destinados ao Fundif.[8]

[8] Fundo Estadual de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 14.086, de 6/12/2001.

Alberto (2009) dispõe que o vice-presidente executivo da Gerdau, Manoel Vitor de Mendonça Filho, mencionou que o grande ponto da evolução do MPMG foi sair de uma atuação mais judicial para outra, mais dialógica e que, a partir do acordo com o Ministério Público, feito com a intermediação do estado, foi estabelecida uma relação de confiança, ética e de transparência, pela qual pôde ser feita uma negociação de caráter inovador e em prol da sociedade da região onde a Gerdau mantém atividade.

4.2 Anglo Ferrous

Em 2013, foi selado um compromisso entre a empresa Anglo Ferrous Minas-Rio Mineração S.A e o Ministério Público, que encerrou a ação civil pública que tramitava há quase quatro anos na justiça.

O empreendimento foi considerado de impactos arqueológico, social e ambiental na região pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, motivo pelo qual foi proposta a Ação Civil pública.

O Termo de Ajustamento de Conduta estabeleceu as obrigações de fiscalização, monitoramento, áreas de delimitação e proteção ao sítio arqueológico, para a empresa executar o Sistema Minas-Rio – um mineroduto de 525 km de extensão, que liga uma mina de minério de ferro em Conceição do Mato Dentro em Minas Gerais, ao Porto do Açu, no Rio de Janeiro. Tanto o TAC quanto o Inquérito Civil instaurado foram finalizados, após a homologação do acordo.

4.3 Alça Sul

A trincheira do município de Nova Lima, localizada no ramo de ligação entre a BR-356 e a MG-030, entre Nova Lima, região metropolitana de Belo Horizonte, e a capital mineira foi construída, como medida compensatória, depois de um TAC firmado entre o Ministério Público, empresas, moradores, Secretaria de Estado de Meio Ambiente, prefeitura de Nova Lima e Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (DNIT), como descrito por Borges (2014).

A obra foi de responsabilidade do DNIT, orçada em R$7 milhões e totalmente executada pela iniciativa privada. Parte dos recursos foi proveniente de um acordo entre os moradores, Ministério Público de Minas Gerais e o BH

Shopping, como medida compensatória à expansão do centro de compras, como explica Rosildo (2013).

No caso, esse TAC foi assinado por 20 associados contabilizando quatro anos até a celebração do acordo para a construção da obra. O resultado beneficiou os municípios de Nova Lima, Rio Acima e toda a região sul de Belo Horizonte. O planejamento comum e a possibilidade de acordar sobre toda a parte processual de um projeto favoreceram todos os envolvidos e acarretaram melhorias para as atuais e futuras gerações ao redor.

O Ministério Público de Minas Gerais registra alto índice de eficiência nos casos de resolução de conflitos de forma extrajudicial, inclusive na área ambiental. O sucesso de acordos dessa natureza inspira e atrai os olhares de empresários, da população e dos próprios operadores do direito, desmitificando preconceitos quanto à aplicação dos meios consensuais, na solução de conflitos ambientais.

Resta claro que, nos casos ilustrativos e de uma maneira geral, o apelo, diante de qualquer conflito, inclusive os de natureza ambiental, é pela comunicação entre os envolvidos, para que os interesses sejam pauta de discussão e para que as soluções ultrapassem a seara financeira, atingindo as verdadeiras necessidades de ambos os lados.

5 O direito internacional e a resolução extrajudicial de conflitos ambientais

Quanto ao cenário internacional, os conflitos são submetidos aos tribunais internacionais com jurisdição permanente, constituídos por tratados internacionais subscritos por países que assim consentirem, de acordo com sua soberania. Nesse âmbito, os institutos da arbitragem e conciliação têm sido utilizados de forma crescente, principalmente após a promulgação da Carta das Nações Unidas, sendo criada, em 1994, a Corte Internacional de Arbitragem e Conciliação Ambiental (*International Court of Environmental Arbitration and Conciliation* – ICEAC), com sede em San Sebastian na Espanha. O Tribunal tem como escopo oferecer a Estados e particulares a conciliação e a arbitragem como forma de solução de conflitos ambientais, como percebe Moreira (2016, p. 128),

além de ser composta por professores de várias nacionalidades, inclusive a brasileira representada por Paulo Affonso Leme Machado.[9]

O ICEAC, assim como o *Permanent Court of Arbitration* (PCA),[10] como apresenta Cebola (2017), é uma entidade que possui visibilidade no contexto internacional, oferecendo formas de conciliação e arbitragem institucionalizadas para resolução de conflitos ambientais[11] e atua de forma independente e apoiada pelas Nações Unidas.

A jurisdição não é obrigatória, devido à predominância do Direito Internacional e a soberania dos países; todavia, no caso de não aceitação espontânea da decisão arbitral, a Corte emite sua opinião consultiva, gravando um ônus sobre quem desrespeitou a decisão no registro pessoal.

Convém destacar que a Declaração do Rio de Janeiro de 1992, além de mencionar expressamente a questão da proteção do bem ambiental, trouxe mecanismos para prevenir e solucionar de forma pacífica os conflitos. Assim, como afirma Vettorazzi (2010, p. 16), o anseio por uma sociedade ambientalmente sustentável possibilitou a mudança de perspectiva quanto à necessidade de produção de novas formas de conhecimento, passando impreterivelmente pela instrumentalização normativa, visando a solucionar os interesses em conflito que atravessam o campo ambiental, inclusive através de meios extrajudiciais.

Portanto, continua o autor com a alegação de que o êxito nos acordos estabelecidos e a grande adesão dos países a este meio preferencial de resolução de conflitos demonstram a formalização de conciliação no Exterior, particularmente por serem fundamentais o consenso e a harmonia entre os envolvidos, para a manutenção de um convívio prático e proveitoso para ambos.

---

[9] MOREIRA, Vaninne Arnaud de Medeiros. Arbitragem ambiental internacional: abrangências e perspectivas. In: *V encontro internacional do conpedi montevidéu – uruguai direito internacional i.* Montevidéu, 2016, p. 113-133.

[10] Corte Permanente de Arbitragem.

[11] CEBOLA, Cátia Marques. Da admissibilidade dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos em matéria ambiental e urbanística: experiências presentes, possibilidades futuras. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente,* Coimbra, n. 25, p. 2-22, maio 2017.

Conclusões

O presente trabalho propôs-se a solucionar o seguinte problema: Em que medida os métodos consensuais, previstos no Processo Civil brasileiro, podem ser utilizados para resolver conflitos que envolvem a degradação ambiental urbana?

O debate busca a utilização do diálogo como meio primordial para alcançar a solução de qualquer conflito, como tese defendida por Warat, incluindo a possibilidade de inserção dos métodos consensuais no âmbito do Direito Ambiental, como vislumbra Scalassara.

Durante o estudo, demonstrou-se que os meios disponíveis para prevenir e dirimir conflitos são diversos. Em contrapartida, são ineficazes e deixam a desejar, comprovando que o sistema judiciário brasileiro é precário, moroso, burocrático, conservador, e os instrumentos normativos não conseguem ter uma aplicação concreta e útil para a sociedade.

Devido à seriedade do tema, torna-se essencial não só debater sobre as possíveis soluções, mas buscar meios para concretizá-las. Apesar de ainda haver certa resistência, propõe-se a utilização dos meios preferenciais de resolução de conflitos na seara dos direitos difusos e indisponíveis, principalmente com o advento do Código de Processo Civil de 2015. Mesmo havendo controvérsias sobre a (in)compatibilidade dos tais métodos, com o objeto a ser discutido, verifica-se que é possível transacionar sobre tal matéria, ainda que de forma fracionada, já que os objetivos são: atender ao interesse público, desafogar o Judiciário, trazer soluções mais efetivas e construídas pelos envolvidos e encaixar os eixos no sentido de encontrar viabilidade para o almejado desenvolvimento sustentável.

O artigo apresenta a evolução da tutela das mais diversas áreas do Direito quanto à adoção dos meios extrajudiciais e que é possível tratar questões específicas do Direito Ambiental com o instituto da conciliação, exemplificados na análise de casos de Gerdau, Anglo Ferrous e Vila da Serra, todos no Estado de Minas Gerais.

Não obstante a conciliação ser utilizada há pouco tempo, mudanças já foram provocadas na metodologia e na forma de encarar conflitos no Brasil e no mundo, beneficiando os envolvidos e o Poder Judiciário, principalmente por ser

uma solução condizente com os anseios da geração atual, sem olvidar da almejada solidariedade intergeracional.

Referências

ALBERTO, Carlos. *Acordo prevê proteção à Serra da Moeda Iniciativa inédita une Governo, Ministério Público e Gerdau Açominas.* Minas Gerais. Disponível em: <http://jornal.iof.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/10252/noticiario_2009-09-29%206.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 abr. 2017.

ASSIS, de Araken. *Processo civil brasileiro:* fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. I, parte geral.

BORGES, Miriângeli. Meio ambiente protegido. *Revista Institucional do Ministério Público de Minas Gerais,* Belo Horizonte, ano IX, n. 22, p. 30-37, mar. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Anual 2016.* Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/7d8fa9ae6f181c5625e73f8184f10509.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BRASIL. *Lei 6.938,* de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 2 jul. 2017.

BRASIL. *Lei 12.587,* de 13 de janeiro de 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nos 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º. de maio de 1943, e das Leis 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. *Lei 13.105,* de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 7 jul. 2017.

BRASIL. *Lei 13.140,* de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º. do art. 6º da Lei 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 5 jun. 2017.

CEBOLA, Cátia Marques. Da admissibilidade dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos em matéria ambiental e urbanística: experiências presentes, possibilidades futuras. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente,* Coimbra, n. 25, p. 2-22, maio 2017.

COSTA, Beatriz Souza et al. *Direitos fundamentais ambientais aplicados à cidade.* Belo Horizonte: Del Rey, 2014. 161 p.

FERRAREZE FILHO, Paulo. Um manifesto waratiano para o direito. *Revista Húmus,* São Luis, v. 7, n. 19, p. 173-184, 2017. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/issue/view/398/showToc>. Acesso em: 9 ago. 2017.

GROSTEIN, Marta Dora. *METRÓPOLE E EXPANSÃO URBANA a persistência de processos "insustentáveis".* Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0102-88392001000100003&script=sci_arttext>. Acesso em: 12 mar. 2017.

LANA, André. Institucionalização dos meios consensuais de resolução de conflitos. *Revista Institucional do Ministério Público de Minas Gerais,* Belo Horizonte, ano IX, v. 22, p. 14-21, mar. 2014.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre; VASCONCELOS, Luis André de Araújo. O licenciamento ambiental à luz do princípio constitucional da proporcionalidade. *Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, [S.l.], v. 7, n. 13/14, jan./dez. 2010. ISSN 21798699. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/174/157>. Acesso em: 10 mar. 2017.

MOREIRA, Vaninne Arnaud de Medeiros. Arbitragem ambiental internacional: abrangências e perspectivas. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI DIREITO INTERNACIONAL I, 5., 2016, Montevidéu. *Anais*... 2016, p. 113-133.

RIOS, Mariza; CARVALHO, Newton Teixeira; KLEINRATH, Stella de Moura (Coord.). *A cidade real e a cidade ideal:* em uma reflexão transdisciplinar. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ROSILDO, Mendes. Trincheira que liga MG-030 à BR-356 será aberta nesta sexta-feira. *Jornal Hoje em Dia,* abr. 2013. Disponível em: < http://hoje.vc/f4o0>. Acesso em: 26 abr. 2017.

SALES, Lília Maia de Morais. *Justiça e mediação de conflitos.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCALASSARA, Lecir Maria. Conflitos ambientais: O acesso à justiça e os meios alternativos de solução de conflitos. *Revista Discurso Jurídico*, Campo Mourão, v. 2, n. 2, p.24-57, jul./dez. 2006.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de arbitragem.* 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SOARES, Leonardo Cipriano. Meios alternativos de resolução de conflito. *Jus Brasil.* Disponível em: <https://leojus123.jusbrasil.com.br/artigos/433339054/meios-alternativos-de-resolucao-de-conflito>. Acesso em: 12 abr. 2017.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos:* negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos*: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VETTORAZZI, Karlo Messa. *Soluções de controvérsias ambientais individuais no âmbito internacional*. 2010. 160 f. Dissertação (Pós-Graduação) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2010.

WARAT, Luis Alberto. A rua grita Dionísio: cartografia, surrealismo e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

5
Liberdade do Estado e liberdade dos indivíduos na filosofia política de Hegel

Federico Orsini*

Introdução

O objetivo deste artigo é analisar a ideia hegeliana de liberdade política, a partir do nexo que Hegel estabelece entre liberdade e constituição material (*Verfassung*), na efetividade, que ele denomina "espírito objetivo", na *Enciclopédia das Ciências Filosóficas* (1817, 1827, 1830) e "direito", nos *Lineamentos fundamentais da Filosofia do Direito* (1820).[1] Cabe lembrar que o âmbito político não alcança, para Hegel, o significado mais elevado da liberdade, pois esta última exige a *suprassunção* (*Aufhebung*) (negação-preservação-elevação) de toda a exterioridade na relação entre o pensado e a atividade de pensar, ao passo que o reino do direito, justamente por ser uma efetivação necessariamente histórica da liberdade, mostra como e por que aspectos marcantes de exterioridade e de violência ainda afetam a estrutura do espírito objetivo.

Minha análise está dividida em quatro partes.

Em primeiro lugar, tratarei o conceito de liberdade concreta em termos da capacidade do Estado (*Staat*) de unificar a liberdade subjetiva (*para si*) e a liberdade substancial (*em si*), para além da separação moderna entre público e privado.

Em segundo lugar, analisarei cada um dos referidos aspectos da liberdade, procurando destacar o caráter peculiar da crítica hegeliana ao *ethos* moderno.

---

* Doutor em Filosofia na Universidade de Padova (Itália). Bolsista PNPDP-Capes, no Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCRS. Contato: platoniet@yahoo.it.

[1] Dentre os estudos que nortearam nossa compreensão da liberdade objetiva em Hegel, assinalo os principais: PEPERZAK, A. *Modern freedom: Hegel's legal, moral and political philosophy*. Dordrecht: Springer, 2001. VIEWEG, K. *Das Denken der Freiheit: Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*. München: Wilhelm Fink, 2012. DUSO, G. *Libertà e costituzione in Hegel*. Milano: Franco Angeli, 2013.

Em terceiro lugar, considerarei o papel decisivo que a representação dos estamentos (*Stände*) e das corporações desempenha para efetivar o fim de articular a liberdade do Estado com a liberdade dos indivíduos.

Em quarto lugar, apontarei a relevância e os limites da lição hegeliana para a filosofia política atual.

1 Liberdade concreta, ou seja, em si e para si

O marco da concepção hegeliana do Estado é sua crítica contundente a qualquer tentativa de compartimentar de modo rígido as relações que formam o tecido da vida ética. Por isso, o Estado não é um mecanismo de apropriação e de administração do poder, nem uma mera instituição contraposta à família e à sociedade civil burguesa. Pelo contrário, o Estado *é* a própria vida ética em sua completa abrangência, a saber, a totalidade das relações entre os seres humanos dentro da esfera do espírito objetivo, mundano. Na medida em que o conceito de vontade livre tem que se manifestar no solo do Estado, este configura a "efetividade da liberdade concreta" (*Filosofia do Direito*, §260). Como se sabe, o Estado moderno está ligado essencialmente à ideia de liberdade, de tal forma que isso constitui sua diferença em relação à maneira na qual as sociedades humanas se desenvolveram nos períodos históricos antecedentes. A peculiaridade da compreensão hegeliana do Estado moderno é a elaboração de um conceito de liberdade concreta, que permita ir além de uma concepção abstratamente negativa da liberdade, segundo a qual a liberdade consiste na independência da vontade singular de cada e qualquer condicionamento externo.

O conceito de liberdade concreta traz consigo a superação da oposição unilateral entre a liberdade particular dos indivíduos e a liberdade do corpo político como um todo. No Estado, "a singularidade da pessoa e seus interesses particulares" têm "seu *desenvolvimento* completo e o *reconhecimento de seu direito* para si" (*Filosofia do Direito*, §260); ao mesmo tempo, os singulares reconhecem o interesse universal como o elemento substancial deles. Isso significa que, por um lado, os singulares não podem ser reduzidos a uma dimensão meramente particular ou *privada* e que, por outro lado, a vida do Estado, o âmbito público ou universal, não pode ser pensada sem a realização

dos interesses particulares e sem a expressão do saber e do querer por parte dos singulares. O universal não é efetivo se não envolve a atividade dos singulares. Com isso, está conceitualmente superada a cisão entre público e privado, a qual pertence à construção moderna e encontra sua explicação naquela conexão entre soberania e representação, que reduz os cidadãos a uma condição de passividade, isto é, a uma incapacidade geral de intervir em questões políticas.

O significado de liberdade concreta fica mais claro se determinamos em que consiste e como se manifestam os dois aspectos formais do *em si* e do *para si* que, na filosofia de Hegel, costumam caracterizar o concreto, ou seja, o efetivo. O momento do ser em si é o caráter substancial da racionalidade do Estado; o momento do ser para si é a subjetividade, ou seja, a efetivação da substância mediante a atividade eficaz e potencialmente autoconsciente dos singulares.

2A. A liberdade substancial

O primeiro aspecto da liberdade consiste no fato de que a autoconsciência singular realiza sua *liberdade substancial* enquanto tem no Estado "sua essência, seu fim e o produto de sua atividade". (*Filosofia do Direito*, §257). A introdução do aspecto *substancial* não serve para amarrar os indivíduos à reprodução inalterável de formas fixas de interação, mas para criticar o vazio conceitual criado pelas teorias do contrato social, criticadas na Observação ao §258 da *Filosofia do Direito*. A substancialidade da liberdade quer dizer que o indivíduo é efetivamente livre somente no interior da totalidade de vínculos que são para ele constitutivos. Esses vínculos abrangem todas as relações éticas, desde os laços familiares até a prática de cidadania. Essas relações não são limitações da liberdade do indivíduo, mas sim formam o terreno, no qual a liberdade subjetiva pode efetivamente afirmar-se. Elas são substanciais no sentido preciso de que sua inteligibilidade e sua existência não dependem da vontade arbitrária dos indivíduos. Inversamente, a liberdade subjetiva só pode tornar-se inteligível, no âmbito da natureza substancial da liberdade.

A necessária integração dos singulares na racionalidade do espírito objetivo constitui a liberdade *em si* dos indivíduos, liberdade que, com isso, não pode ser identificada com a mera independência da vontade de qualquer coação externa. A liberdade como independência absoluta da vontade (subjetiva) é um falso

conceito, ou seja, não apenas um conceito que é destinado a jamais acontecer na realidade histórica, mas uma representação desprovida de racionalidade, a qual tem de expor sua insubsistência na própria esfera do pensamento.

A dimensão substancial diz respeito à determinação das relações *éticas*, cujo conjunto introduz uma acepção peculiar de *limite,* no conceito de obrigação ou dever (*Pflicht*). Hegel afirma que ser membro do Estado é a "*obrigação suprema* (*höchste Pflicht*)" dos singulares. (*Filosofia do Direito*, §258). Mas a obrigação ética não depende da consciência e da vontade do indivíduo; por isso, não compartilha a mesma estrutura que o dever moral, ainda assentado no ponto de vista formal e subjetivo que caracteriza as ações individuais. A estrutura da obrigação ética remete à constituição de condições objetivamente vinculantes, para que a vontade dos singulares não se perca numa mera brincadeira, em um desligamento irônico dos sujeitos em relação aos seus próprios fins e ao esforço de realizá-los. A obrigação comporta certamente um limite, enquanto o conceito de limite pertence ao conceito de qualquer prática que seja *determinada*, mas esse limite chega a se apresentar como limitação da liberdade apenas para as pretensões de uma subjetividade abstrata, indeterminada, irreal. Contra essa noção unilateral de liberdade, Hegel argumenta que os limites não intervêm externamente na liberdade do indivíduo, mas entram essencialmente no conceito de sujeito ético, o qual necessariamente implica um conjunto de relações. Em seu sentido ético, a substância, longe de ser uma força transcendente que impõe à ação subjetiva alguma forma de heteronomia, é o lugar de libertação da individualidade, a saber, o processo mediante o qual o sujeito se desprende de seus fins particulares limitados e atinge um interesse universal genuíno.

2B. Liberdade subjetiva e *ethos* moderno

Para compreender a racionalidade do Estado moderno, é preciso destacar o aspecto de seu ser para si, quer dizer, do princípio da subjetividade.

Decerto, a palavra *subjetividade*, para Hegel, não tem principalmente o sentido da subjetividade particular, psicologicamente conotada, do singular finito, mas é a subjetividade do pensar, a subjetividade enquanto *conceito*. O *conceito*, por seu turno, não é uma representação da realidade, mas a própria forma do pensamento enquanto ele deixa de estar contraposto à realidade,

apresentando-se, antes, como a articulação interna da realidade como um todo. Sob esse aspecto, a subjetividade não está contraposta à substância, mas é, antes, o necessário desenvolvimento dela. Apesar disso, a subjetividade preserva uma ambiguidade crucial no contexto da filosofia do direito. Por um lado, o princípio da subjetividade deve realizar-se plenamente "até o *extremo autossubsistente* da particularidade pessoal" (*Filosofia do Direito*, §260), o que significa que o aspecto unilateral da subjetividade, através da esfera da sociedade civil moderna, tem de aparecer no campo de efetivação do direito. Por outro lado, essa consumação (*Vollendung*) da subjetividade não pode constituir uma realidade autossubsistente, pois somente a liberdade substancial é o elemento verdadeiramente autossubsistente. Em outras palavras, a subjetividade tem de completar-se até o extremo da consciência singular, mas esse extremo é "autossubsistente" (*selbstständig*) apenas do ponto de vista do singular. Na realidade efetiva, tal extremo está em relação interna com o outro extremo da substância ética, e o caráter interno dessa relação tem de ser considerado a partir da dinâmica da liberdade como movimento do conceito (passagem do ser em si ao ser para si). O aspecto substancial e aquele subjetivo da liberdade não têm um valor autônomo, mas são precisamente dois extremos ou momentos não independentes de uma e da mesma realidade autossubsistente, que é a racionalidade do Estado.

O ponto de partida para entender a liberdade subjetiva é o âmbito da *moralidade* (*Moralität*), porque nesta esfera a figura da vontade aparece, pela primeira vez, na filosofia do direito, na forma de sujeito, de modo tal que nela vem a se determinar a estrutura da *ação* (*Handlung*), em um sentido estrito. (*Filosofia do Direito*, §113). Sem a estrutura da ação, o princípio moderno da subjetividade não pode ser compreendido.

No curso da análise científica, a moralidade se apresenta como uma esfera que encerra a vontade subjetiva na imediatidade de seu ser para si, fazendo com que a abertura ou o fechamento em relação à vida ética apareça depender da decisão da consciência moral (*Gewissen*).[2]

[2] Sobre a complexidade do conceito hegeliano de consciência, ver: MOYAR, D. *Hegel's conscience*. London: Oxford University Press, 2011. De acordo com Moyar, o problema principal da filosofia moderna pode ser formulado como o problema de entender a relação entre a autoridade da consciência e a autoridade de boas razões, ou seja, do conteúdo ético objetivo. Disso se segue o dilema se a consciência *reflete* o conteúdo ético objetivo ou *determina* subjetivamente seu

O fundamento da liberdade formal está na moralidade enquanto esfera de exteriorização (*Äußerung*) da vontade subjetiva. O tipo de ação teorizada na seção sobre a moralidade existe somente na época moderna, na qual a vontade deixa de ser a executora racional de tendências naturais, para tornar-se fonte ou princípio de produção de fins ou conteúdos próprios. A teoria da moralidade não enfoca apenas a ação moralmente boa em contraposição a outros tipos de ação (moralmente má, ética, estética, religiosa, etc.), mas antes a estrutura lógica da ação enquanto tal, estrutura que consiste num complexo entrelaçamento das determinações do conceito (universal, particular e singular), mediante a forma progressivamente articulada de diferentes juízos: juízo imediato (propósito), juízo de reflexão (intenção), juízo do conceito (bem). (*Filosofia do Direito*, §114).[3]

Na vivência subjetiva da ação, o indivíduo experimenta a liberdade formal, na medida em que cada um sabe de si como ser livre, por meio da atividade de transpor seus fins subjetivos para o mundo objetivo, que pode ou não revelar-se um ambiente propício à efetivação de tais fins.

Subtraindo o elemento da vontade subjetiva, não há *ethos* nem Estado modernos. Em todos os momentos da vida ética subordinados ao Estado, a saber, na família e na sociedade civil, o singular tem de expressar sua subjetividade particular. O que diferencia o pensamento hegeliano das coevas doutrinas jusnaturalistas do Estado é, precisamente, o modo no qual a subjetividade particular se articula no interior da constituição do Estado político.

---

conteúdo. Se ela apenas reflete um conteúdo que é válido por si mesmo, então seu significado se reduz a um requisito formal colado a uma paisagem normativa já dada. Mas, se um indivíduo determina o conteúdo por meio do recurso à consciência, a ideia mesma de um conteúdo racional estável e disponível a todos os agentes começa a colapsar. De acordo com o autor, Hegel encara esse *aut-aut* desagradável, por meio de um conceito de liberdade performativa, segundo o qual o conteúdo é assumido e alterado no ato mesmo de expressá-lo. A consciência vem a ser para Hegel um lugar de síntese, de modo que os juízos da consciência se tornam instâncias concretas de ação ética. Para uma resenha em italiano do livro de Moyar, remeto a: ORSINI, F. D.Moyar. Hegel's conscience. *Verifiche*: XL, n. 4, p. 85-94, 2011.

[3] Para uma análise do conceito hegeliano de ação (*Handlung*), numa ótica de interação com o debate analítico da teoria da ação intencional, é mister remeter ao estudo seminal de Quante: QUANTE, M. *Hegels Begriff der Handlung*. Stuttgart-Bad Cannstaat: Frommann-Holzboog, 1993. Deste livro existem atualmente traduções em inglês, em francês, em espanhol e em italiano. Sobre a análise da estrutura lógica da ação, recomenda-se também: VIEWEG, K. *Das Denken der Freiheit*: *Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*. München: Wilhelm Fink, 2012. p. 149-249.

3 Liberdade formal e representação corporativa

A exteriorização da liberdade subjetiva, no âmbito do Estado, se realiza mediante o assim chamado Poder Legislativo, especialmente mediante aquela componente fundamental que é a assembleia dos estamentos (*Ständeversammlung*).

Isso soa paradoxal, se pensamos que o Poder Legislativo é normalmente considerado o momento supremo da expressão da vontade do povo, da vontade geral, e, portanto, não da vontade particular dos singulares.

O que dá ensejo ao paradoxo é a doutrina da divisão dos poderes, que subjaz às constituições modernas a partir da Revolução Francesa. Com base nessa doutrina, a garantia do valor da vontade dos singulares, considerados livres e iguais, consiste no fato de que a vontade se expressa como desvinculada dos laços de associação, a saber, dos laços próprios de uma sociedade de tipo estamental, que caracterizava o *ancien régime*.

A teoria hegeliana do Estado desafia o conceito moderno de representação, na medida em que não é a vontade abstrata dos indivíduos, mas a diferença entre os vários círculos da vida ética (famílias, corporações, comunidades, províncias, etc.) que vem a se expressar mediante a representação estamental. O esclarecimento sobre o elemento estamental (*ständisch*),[4] na terceira edição da *Enciclopédia* (1830, §§539-544), possibilita entender que a função da representação é aquela de articular politicamente a expressão da liberdade subjetiva.

Na estrutura da assembleia dos estamentos, não se encontram modificações significativas no andamento das diversas exposições nos cursos de filosofia do direito e nas versões da *Enciclopédia*. A assembleia se compõe de duas câmaras, que são expressão do primeiro e do segundo estamento

[4] Hegel valoriza a duplicidade do significado do termo *Stand* (estamento), que designa tanto a articulação efetiva da sociedade civil em esferas particulares quanto sua expressão política por meio da assembleia dos estamentos, a qual reúne o estamento "substancial" (os proprietários de terras) (*Filosofia do Direito*, §203), o estamento "móvel" (indústria e comércio) (*Filosofia do Direito*, §308) e o "estamento universal" (§205) ou propriamente político, composto por todos os indivíduos que, no Estado, ocupam funções públicas em qualquer nível, tanto periférico quanto central. (HEGEL, G.W.F. *Filosofia do direito*, §205). Sobre a relação entre Poder Legislativo e governo nos cursos de Filosofia do Direito dos anos 20 e na *Enciclopédia*, ver: CESARONI, P. *Governo e costituzione in Hegel: le lezioni di filosofia del diritto*. Milano: Franco Angeli, 2006. p. 135-173.

respectivamente, a saber, do estamento substancial dos proprietários de terras e do estamento móvel da indústria e do comércio. Deste modo, as duas câmaras têm seu fundamento sólido na articulação efetiva da Constituição.[5] A efetividade das esferas particulares da sociedade civil e, portanto, do Estado ao qual elas pertencem, consiste na impossibilidade de separar o aspecto social do aspecto político dos estamentos: as comunidades, as corporações, etc. existem concretamente como parte do Estado, e, enquanto elementos éticos, possuem uma significação política originária, que encontra sua configuração na participação do Poder Legislativo. Por causa disso, na assembleia dos estamentos é a coisa mesma, o interesse objetivo da comunidade ou da corporação que chega à sua expressão.

O modo como Hegel concebe a assembleia dos estamentos leva a examinar as três pressuposições do discurso hegeliano sobre a representação.[6] Em primeiro lugar, o legislar e o governar não são atividades efetivamente distintas, porque as leis não são algo factício, o produto da vontade absoluta do legislador, mas determinações universais já presentes e ativas na Constituição, a qual não pode ser objetivada por alguma instituição ou prática política, pois instituições e práticas já pressupõem a constituição como próprio horizonte e condição de possibilidade real. Em segundo lugar, a Constituição, como dimensão dentro do qual tem de ser pensada a objetivação do espírito, não admite uma separação dos poderes, mas sim uma articulação dos mesmos.[7] Em terceiro lugar, a representação não desempenha a função de produzir a vontade geral (como nas assembleias legislativas moldadas pela Constituição francesa de 1791), mas de assegurar a *participação* das corporações, na decisão sobre as questões

[5] O nexo entre constituição particular do Estado e estamentos foi destacado em: JAMME, C. Die Erziehung der Stände durch sich selbst: Hegels Konzeption der neuständisch-bürgerlichen Representätion in Heidelberg 1817-1818. In: *Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte*, Lucas, H.C., Pöggeler, O. (Org.). Stuttgart: Fromman-Holzboog. 1986. p. 149-173.

[6] Sobre o conceito hegeliano de representação, ver: DUSO, G. *Der Begriff der Repräsentation bei Hegel und das moderne Problem der politischen Einheit*. Baden-Baden: Nomos, 1990. Sobre a relação entre o problema da representação no contexto da ciência política moderna e a lógica do espírito objetivo em Hegel, ver: CESARONI, op. cit., p. 68-79.

[7] Sobre o fundamento filosófico da apresentação hegeliana da teoria dos poderes: SIEP, L. Hegels Theorie der Gewalteinteilung. In: *Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte*, Lucas, H.C., Pöggeler, O. (Org.). Stuttgart: Fromman-Holzboog, 1986. p. 387-420.

universais do convívio social (medidas econômicas, segurança, saúde, educação, etc.).

A assembleia dos estamentos introduz uma ideia muito original de representação política. Especialmente, a segunda câmara, em que estão presentes os representantes do estamento da indústria e do comércio, não apresenta nem a representação nacional de tipo revolucionário francês, pois não há produção da vontade geral do povo, nem a representação identitária de tipo rigorosamente estamental, no sentido de que não vigora o mandato imperativo, porque o interesse particular representado pode ser modificado por meio da sua representação e até deve encontrar sua idealidade, isto é, deve se manter como momento do todo, em vez de se absolutizar de maneira rígida.

A racionalidade da assembleia dos estamentos não consiste em sua suposta capacidade de entender qual seria o bem abstratamente comum do povo, mas na mediação recíproca entre a instância dos estamentos e a instância do governo (terceiro estamento, representado pelos funcionários públicos). Nenhuma dessas instâncias é simples. Ao contrário, trata-se de uma atividade articulada, simultaneamente universal e particular. Tanto no governar (*Regieren*) que atua no legislativo quanto no poder de governo (*Regierungsgewalt*) se entrelaçam duas instâncias: aquela universal, representada pelos interesses comuns objetivos e pela presença dos funcionários de governo no território (do centro até a periferia), e aquela particular, configurada na multiplicidade concreta dos círculos e na representação deles por meio de deputados.

Sobre o conceito de governo (*Regierung*), cabe destacar que a terceira versão da *Enciclopédia*, ao tratar o direito estatal interno (*Enciclopédia*, §§541-546), em vez de resumir os parágrafos correspondentes dos *Lineamentos da Filosofia do Direito* (§§272-274), introduz uma maneira nova de pensar a articulação política do Estado, na qual justamente o governo assume o papel central. No §541, Hegel escreve:

> A totalidade viva, a conservação, isto é, a produção constante do Estado em geral, e de sua constituição, é o *governo*. A organização necessária naturalmente é o nascimento da *família* e dos *estamentos* da sociedade civil. O governo é a parte *universal* da constituição, isto é, a parte que tem por fim intencional a conservação dessas partes, mas ao mesmo tempo apreende e põe em atividade os fins universais do todo, que estão acima da determinação da família e da sociedade civil.

O governo identifica-se com o Estado político, de tal modo que sua organização consiste na "sua diferenciação em poderes" (*ibid.*). Nos *Lineamentos*, o termo *Regierung* indicava somente *um* dos poderes do Estado, não o próprio Estado. Além disso, a atividade global de realização do universal concreto, na qual o Estado político consiste, era denominada "soberania". Este termo, que permanece nos cursos hegelianos de Filosofia do Direito, até o 1824-25, desaparece completamente nas páginas da enciclopédia. Esta exclusão não parece como um acaso, mas precisa ser motivada pela vontade hegeliana de superar o horizonte da teoria política moderna.

O poder dos funcionários do governo (terceiro estamento) é "o poder *particular* de governo (*besondere Regierungsgewalt*)" (*Enciclopédia* 1830, §543), mas não esgotam a articulação do governo. Os funcionários são aqueles que têm consciência das necessidades e dos assuntos universais[8] do Estado, pois os representantes da sociedade civil estão acostumados a preocupar-se, sobretudo, com o interesse particular das esferas correspondentes. O direito superior do universal do Estado político não consiste em algum propósito específico, a ser alcançado pelo poder de governo, mas na preservação do equilíbrio entre as realidades éticas articuladas na Constituição.

Com respeito à visão do assunto concretamente universal do Estado, a assembleia dos estamentos pode aparecer como uma mera adição, cuja utilidade é tanto o controle da atividade dos ministros quanto a apresentação daquelas exigências da sociedade, que os representantes experimentam mais de perto no dia a dia. Todavia, a necessidade lógica da representação estamental consiste no fato de que, através da participação nas decisões que afetam os assuntos gerais do Estado, vem à luz na vida ética o momento da liberdade formal.

A tese de que a representação dos estamentos é o momento de efetivação ética da liberdade formal parece paradoxal, porque a liberdade formal se deixa definir precisamente a partir da habilidade da vontade singular de ser determinada somente pelas causas que ela mesma admite e permite que operem. Mas mediante a representação o singular parece condicionado por

[8] Por assuntos ou negócios (*Angelegenheiten*) universais Hegel entende as questões universalizáveis do viver civil, os interesses objetivos que subjazem ao agir dos representantes (economia, saúde, educação, meio ambiente, etc.), mas não as leis (*Gesetze*), porque estas são as articulações universais dos direitos próprios dos indivíduos e das esferas particulares dentro de um Estado. (*Filosofia do Direito*, §§298-299).

laços objetivos que são o contrário do mencionado princípio da liberdade do singular. Isso é confirmado pela realidade histórica, na qual o princípio da liberdade dos indivíduos veio a se afirmar mediante a negação dos vínculos com seus estamentos.

Portanto, a afirmação hegeliana fica incompreensível se não se reconstrói a conexão lógica entre singular e universal, que está por trás da crítica à concepção política que absolutiza o valor da vontade singular. Hegel objeta que a opinião, segundo a qual o singular tem um direito de expressão de vontade política *enquanto* é um singular, acaba aniquilando justamente sua dimensão política, enquanto a autonomização do singular tem por consequência sua redução à obediência, com respeito a um comando que lhe é externo. Apenas na esfera ilusória da representação acontece que o voto assegura uma transmissão da vontade universal. A crítica ao procedimento da eleição se baseia no fato de que, através do exercício do direito de voto, o singular não apenas não conta nada, mas também percebe (subjetivamente) que não conta nada. Logo, a afirmação do princípio de liberdade individual mediante as eleições tem um resultado contraditório: a relação política é sentida como imposição, ou seja, como violência. A contradição significa que o princípio da liberdade subjetiva, ao pretender valer em modo absoluto para a esfera política, acaba negando justamente aquele valor ou aquela efetividade que o singular queria afirmar. Decerto, o direito da subjetividade é um princípio imprescindível, tanto no pensamento como na efetividade histórica. Mas sua necessidade racional decorre da maneira na qual é pensada a relação do singular com a efetividade. O singular não conta em modo abstratamente absoluto, não é totalidade, mas pode e deve valer de modo parcial. Se o singular vale alguma coisa e até percebe isso na formação da vontade universal, isso depende do fato de que a vida ética é um horizonte de agir, que abre espaços comuns e produz diferenças que exigem e, ao mesmo tempo, geram a mediação política que se manifesta na atividade propriamente política, que é aquela do governar.

A articulação das diferenças da Constituição não tem o sentido de instituir a relação entre a vontade individual e a vontade geral, tal como ela se determina na representação da soberania do povo. Nesta concepção da representação, as inúmeras diferenças entre os singulares não encontram possibilidade de expressão política e conduzem ao resultado da irrelevância das diferenças, de

modo que a vontade do representante se torna uma vontade homogênea, não condicionada pela vontade diferente dos múltiplos sujeitos singulares. Para Rousseau, a multiplicidade infinita das diferenças individuais é inócua diante da afirmação da vontade geral, pois o que é perigosa e precisa ser eliminada é a vontade dos grupos. Para Hegel, ao contrário, os representantes, mesmo não sendo sujeitos ao vínculo de mandato imperativo, estão ligados a necessidades, interesses e modo de considerar os problemas gerais que são próprios do círculo ao qual pertencem e que eles devem representar.

A vida ética abriga não apenas diferenças entre os *singulares*, mas diferenças determinadas entre os âmbitos *particulares,* dentro dos quais os singulares vivem, trabalham e participam das decisões coletivas. As diferenças referidas precisam obter um significado político ou *universal*, enquanto as decisões políticas têm de ser tomadas com a participação ativa dos círculos, através de seus representantes. Através da representação, o singular percebe que suas exigências e seus pontos de vista não são apenas os seus, mas também são compartilhados com outros membros de seu círculo e, por isso, podem fazer-se valer na formação da vontade política.

Com isso, muda o conceito de liberdade pressuposto pelas doutrinas de cunho jusnaturalista. Certamente são os cidadãos singulares, não entes coletivos abstratos, que expressam suas liberdades, mas os singulares podem afirmar sua própria liberdade, não enquanto indivíduos isolados (porque esta não é a condição efetiva deles, mas apenas o fruto da imaginação), e sim na qualidade de membros de algum círculo da vida ética. De acordo com Hegel, a efetividade dos singulares é negada pela concepção que põe o elemento democrático no centro do organismo do Estado, com base no argumento de que, se todos são membros do estado e se os assuntos deste último são assuntos de todos, então todos têm de estar envolvidos nas decisões, com seu próprio saber e querer. (*Filosofia do Direito* §308, Observação). Na concepção da assim chamada soberania do povo, o termo *todos* contém uma abstração, seja quantitativamente (porque, de fato, as decisões não podem envolver literalmente todos os singulares), seja em relação às determinações propriamente singulares, que desaparecem na mera contagem dos votos. Por conseguinte, nenhum singular participa, efetivamente, dos assuntos políticos, pois, mediante o processo de autorização, que nas constituições modernas

consiste na expressão do voto com o qual se escolhem os representantes e na formação da vontade geral, os cidadãos acabam sendo expropriados da dimensão política, enquanto o mesmo procedimento que permite considerá-los como *autores* das ações políticas impede que eles possam cumprir ações desse tipo. O entrelaçamento do elemento democrático com aquele representativo, mesmo que conduza a acreditar que o poder seja de todos, comporta a impossibilidade de uma ativa participação dos cidadãos e a insubsistência de sujeitos que saibam lidar com questões políticas.

Sem a expressão da liberdade formal, não há Estado moderno, pois este último não pode ser reduzido ao monopólio do poder. A racionalidade e, portanto, a efetividade da liberdade formal consiste na exteriorização da dimensão do ser para si, da subjetividade e da liberdade particular dos singulares, os quais têm que ter consciência de sua própria participação nos assuntos coletivos. Essa *participação* ocorre através da relação entre os representantes e seu círculo, assim como através da opinião pública cultivada pelos debates públicos, nos quais os interesses, as necessidades e os pontos de vista não apenas têm de se encontrar, mas também têm de se mediar dentro de um quadro que visa a uma solução unitária, sem a qual a unidade do Estado estaria dissolvida. Se a unidade não pode ser abstratamente imposta, então ela precisa ser o resultado da participação e da cooperação daquelas realidades que Hegel, a fim de evitar qualquer conotação quantitativa e mecânica, não chama de *partes*, mas de *membros* ou *círculos* da vida ética. Fora da expressão da liberdade formal por meio da participação dos cidadãos e dos círculos da vida ética, o Estado não é efetivo nem adequadamente pensável. Por isso, não é legítimo qualificar o pensamento hegeliano como uma forma de estatismo autoritário, como se o Estado, pensado como entidade independente dos singulares, fosse um poder que se afirmasse sobre e contra os singulares.

4 Atualidade e limites da filosofia política de Hegel

O atravessamento crítico do modo moderno de pensar a política permite a Hegel uma compreensão da efetividade do Estado, na qual vem a perder sua centralidade o conceito de *poder*, em volta do qual gira a constelação conceitual da teorização política moderna. Esta última surge da tentativa de erradicar e

apagar a experiência do governo do homem sobre o homem, a qual seria própria da tradição da filosofia prática clássica. A antropologia hobbesiana, que pretende descobrir a verdade do ser humano através do novo conceito de indivíduo – ente sem relação, provido de vontade e de liberdade –, conduz necessariamente à instauração de um Poder Político absoluto e uno, o qual, ao despotencializar a capacidade *política* de cada um, torna possível, através do mecanismo de autorização da lei, a liberdade *privada* de todos. O novo conceito de *soberania do povo*, por meio do qual se expressa o fosso intransponível entre a multiplicidade indiferenciada de todos e a vontade política do soberano representante, é o instrumento através do qual a teoria política moderna pretende levar a cabo o projeto de Hobbes.[9]

O cerne da filosofia política de Hegel consiste na tentativa de destacar a incapacidade do modelo conceitual do poder de dar conta da efetividade do mundo presente. A realidade da constituição, de fato, não é uma multiplicidade sem forma de indivíduos atomizados nem a presença de realidades 'sociais' (no sentido contemporâneo de grupos voltados a assegurar os interesses econômicos dos consociados) objeto de meras descrições, mas a efetividade de relações éticas dentro das quais o agir individual se encontra inserido.

Nesse aspecto, a própria ideia de política muda radicalmente. Ela não define mais um âmbito artificial criado, a fim de produzir uma coexistência entre indivíduos que, de outra maneira, seria impossível, como quer o jusnaturalismo moderno. Nem se trata de um processo de politização de uma massa social por si apolítica e atomizada, que precisa ser educada à conquista do Estado, mediante o mecanismo da representação parlamentar, como foi nas teorias do século XIX, em que apenas constatavam, sem realmente compreendê-la, a cisão entre sociedade e Estado.

Ao contrário, para Hegel a política é inteiramente mergulhada na vida ética, ou seja, naquilo que articula desde dentro a vida dos indivíduos e constitui sua condição de efetividade.

A noção hegeliana de governo configura uma das tentativas mais poderosas de entender a participação política e o pluralismo dentro da teoria do Estado. Se a vida ética ou política não podem ser pensadas sem espaços de

---

[9] BIRAL, A. Hobbes: la società senza governo. In: DUSO, G. (Org.). *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1987. p. 51-108.

diferença, então o Estado não pode ser pensado a partir da lógica monolítica de absolutização da vontade soberana contraposta ao agir supostamente privado da sociedade civil. Ao contrário, o Estado tem de ser o lugar de mediação e de unificação das esferas que articulam a vida da sua própria Constituição.

Se podemos qualificar como “moderno” o conceito de liberdade, que consiste na independência da vontade do singular, então a concepção política de Hegel supera ou suprassume o dito conceito. Essa *Aufhebung* significa que a liberdade formal não está eliminada, mas sim superada na sua unilateralidade, como suposto fundamento de nosso modo de pensar a relação política. Somente essa superação permite entender a concepção hegeliana da relação entre ideia de liberdade, o direito e o Estado.

Frente à construção teórica moderna, que visa à legitimação do poder, a filosofia política de Hegel busca reconhecer a efetividade do Estado. Esta última não coincide nem com a realidade empírica dos Estados nem com o modelo constitucional de alguns deles (França, Prússia, Inglaterra), mas se manifesta no Estado *in der Idee*, o Estado pensado na filosofia como atualização da ideia do direito. A presença de estamentos e de corporações, decerto, está ligada ao momento histórico e ao debate da época, mas, com respeito à estrutura sistemática da filosofia do direito, tem uma significação racional. Isso quer dizer que o conceito de corporação não é devido a um atraso em relação ao presente por parte de um filósofo, cujo olhar estaria voltado ao passado, mas antes a uma compreensão voltada ao presente e também ao futuro, pelo menos a um futuro no qual se manteria a figura do Estado moderno.[10] É bom lembrarmos que o modelo jusnaturalista é aquele que se impôs no modo comum de pensar a política e que constitui a base teórica das Constituições, mas esse modelo não permite compreender as contradições que ele gera, nem a efetividade que as Constituições modernas contribuem a determinar. Essa efetividade consiste na vida ética como horizonte de mediação dos círculos do agir humano enquanto espírito objetivo.

A concepção da vida ética configura o modo no qual Hegel concebe a representação. Em vez de constituir o instrumento de produção da unidade

[10] Sobre o significado ético da concepção hegeliana da corporação (*Korporation*), como instituição que leva à existência qualquer comunhão de interesses dentro da sociedade civil, ver: CESARONI, op. cit., p. 98-119.

política, a representação tem de expressar a pluralidade e, com ela, a participação nos assuntos políticos que é prometida, mas, ao mesmo tempo, contraditoriamente preclusa, pela teoria que pretende gerar a dimensão da soberania, com base no valor da liberdade irrestrita do indivíduo.

A relação da concepção política hegeliana com a figura do Estado moderno é ambivalente. Por um lado, Hegel supera a racionalidade formal que fornece a base da doutrina e das Constituições políticas. Por outro lado, na tentativa de fazer emergir, além da teoria, a efetividade e simultaneamente o problema do Estado, ele permanece dentro de um horizonte conceitual em que o Estado tem que ocupar o cenário político como um todo. Embora a lógica da soberania apareça fortemente questionada pela superação de um modo de pensar a política que teria por seus polos os singulares e o Estado como monopólio do poder, na concepção político-histórica de Hegel, os Estados singulares, como individualidades soberanas, continuam a se enfrentar no “teatro” da história mundial e da política internacional.

A compreensão hegeliana da concretude histórica do Estado mostra a relevância do atravessamento do pensamento hegeliano e, ao mesmo tempo, a impossibilidade de mantê-lo como ponto de referência para o problema que nosso presente coloca diante de nós. Não só porque o problema da participação e, portanto, da dimensão política do cidadão, não parece poder encontra uma solução de tipo corporativo, em um mundo no qual as corporações perderam seu caráter ético e se tornaram meras associações de interesse econômico. Além disso, existe um conjunto de fenômenos que parecem condenar à não efetividade a figura do Estado com a soberania que o caracteriza: processos econômicos e jurídicos que ultrapassam a esfera decisória do Estado e que abrangem uma dimensão global, a simultânea tendência à associação de Estados (veja-se a União Europeia) e à regionalização de partidos, para além de mecanismos de representação.

Conclusão

Examinamos a tese hegeliana de que o Estado tem de ser a efetivação da liberdade na forma da vida ética. Ao investigar o modo como a liberdade subjetiva se torna expressão da liberdade política, consideramos a novidade da

maneira hegeliana de compreender o problema da representação e sua noção de governo. A crise atual da soberania do Estado faz surgir a necessidade de repensar a fundo a política e a realidade que veio a se denominar "Estado". Precisamos de novas categorias para ultrapassar a racionalidade formal do modo moderno de pensar o Estado, com a centralidade que nele veio a assumir o problema da legitimação do poder. A crise atual do próprio conceito de representação, junto com aquele de soberania, convida a uma nova tarefa para a filosofia política: pensar de novo a questão de uma relação concreta de governo, na qual seja reconhecida a prioridade da atividade política dos governados. Contudo, se a compreensão hegeliana da política permite apreciar uma diferença irredutível entre a ideia de Estado e sua atualização histórica particular, então ela ainda pode se mostrar produtiva para pensarmos a política, em um contexto histórico radicalmente diverso daquele hegeliano

Referências

BIRAL, A. Hobbes: la società senza governo. In: DUSO, G. (Org.). *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1987. p. 51-108.

CESARONI, P. *Governo e costituzione in Hegel:* le Lezioni di filosofia del diritto. Milano: Franco Angeli, 2006.

DUSO, G. *Der Begriff der Repräsentation bei Hegel und das moderne Problem der politischen Einheit*. Baden-Baden: Nomos, 1990.

DUSO, G. *Libertà e costituzione in Hegel*. Milano: Franco Angeli, 2013.

HEGEL, G.W.F. *Filosofia do direito*. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 2010.

HEGEL, G.W.F. *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio:* a Filosofia do Espírito. São Paulo: Loyola, 1995. v. III.

JAMME, C. Die Erziehung der Stände durch sich selbst. Hegels Konzeption der neuständisch-bürgerlichen Representätion in Heidelberg 1817-1818. In: LUCAS, H. C.; PÖGGELER, O. (Org.). *Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte*. Stuttgart: Fromman-Holzboog, 1986. p. 149-173.

MOYAR, D. *Hegel's conscience*. London: Oxford University Press, 2011.

ORSINI, F. D.Moyar. Hegel's Conscience. (Resenha). *Verifiche*: XL, n. 4, 2011, p. 85-94.

PEPERZAK, A. *Modern freedom. Hegel's legal, moral and political philosophy*. Dordrecht: Springer, 2001.

QUANTE, M. *Hegels Begriff der Handlung*. Stuttgart-Bad Cannstaat: Frommann-Holzboog, 1993.

SIEP, L. Hegels Theorie der Gewalteinteilung. In: LUCAS, H.C.; PÖGGELER, O. (Org.). *Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte*. Stuttgart: Fromman-Holzboog, 1986. p. 387-420.

VIEWEG, K. *Das Denken der Freiheit: Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*. München: Wilhelm Fink, 2012.

6
Modelos normativos de democracia segundo Habermas: liberal, republicano, deliberativo

Francisco Jozivan Guedes de Lima*
José Henrique Sousa Assai**

Introdução

O nosso objetivo nesta pesquisa consiste em apresentar a proposta de compreensão habermasiana explicitada, sobretudo, em *A inclusão do outro*, acerca de três modelos normativos de democracia: *liberal*, *republicano*, *deliberativo*.

Num primeiro momento, exporemos como Habermas articula as características dos modelos liberal e republicano, explicitando, mormente, as diferenças fundamentais entre ambos os espectros, sendo o primeiro orientado para as prerrogativas do indivíduo perante a comunidade, e, o segundo, orientado para as prerrogativas da comunidade política perante o indivíduo.

Num segundo momento, apresentaremos como Habermas, a partir da crítica aos limites normativos dos modelos liberal e republicano, propõe, mediante uma orientação intersubjetiva no esteio de sua teoria do discurso, o modelo procedimental de democracia deliberativa.

Na parte final, faremos um balanço sobre os pontos vantajosos e desvantajosos dos modelos supracitados.

1 Liberalismo, republicanismo e deliberação

[α] *Liberalismo*. De acordo com Habermas (2002a, p. 270), o modelo liberal tem a incumbência de programar o Estado para que este atenda aos interesses da sociedade civil, tornando-o um "aparato da administração pública", sendo a sociedade concebida como um "sistema de circulação de pessoas em particular e do trabalho social dessas pessoas, estruturada segundo leis de mercado". O

* Doutor em Filosofia/PUCRS. Professor no PPG e Depto. de Filosofia/UFPI. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8231159547990641 Contato: jozivan2008guedes@gmail.com
** Doutor em Filosofia/PUCRS. Professor no curso de Ciências Humanas/UFMA/, área Filosofia. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6044033543458140 Contato: jh.assai@ufma.br

Estado, dentro do liberalismo, é apenas um assessor da sociedade econômica e a ela é emblematicamente subserviente, de modo que o êxito político depende da regularidade econômica. A sociedade civil aqui em jogo é, dentro deste modelo, aquela pautada nos interesses meramente privados, de modo que a política e o Estado de direito são acessados apenas quando se quer tutelar e garantir prerrogativas e direitos subjetivos individuais.

Em nível ontológico, o liberalismo acentua a precedência do indivíduo perante o todo. É um modelo inverso ao da *polis,* no qual o indivíduo só tem sentido quando inserido nas relações políticas, e igualmente diverso do modelo de eticidade de Hegel, no qual o todo se sobrepõe às particularidades, e, em termos concretos, o Estado se sobrepõe aos interesses privados da sociedade civil burguesa. Hegel (2010, § 182) entende que a sociedade civil burguesa ainda não é o componente pleno da vida ética, porque ela ainda é uma esfera em que a pessoa é concebida como um particular que tem em vista a realização de suas carências e necessidades. Se o Estado é confundido com a sociedade civil burguesa, isto é, como a sociedade de mercado, "a sua determinação é posta na segurança e na proteção da propriedade e da liberdade pessoal". (HEGEL, 2010, § 258).

O modelo liberal é um modelo embasado na liberdade pensada enquanto ausência de impedimentos externos para a ação, tal qual posta por Hobbes (2003, p. 112): "Por liberdade entende-se, conforme a significação própria da palavra, a ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o quer, mas não podem obstar a que use o poder que lhe resta, conforme o que o seu julgamento e a razão lhe ditarem."

O que conta neste modelo liberal é a *conservatio vitae* enquanto autoproteção e autodefesa irrenunciáveis, e cumpre ao Estado a proteção destas prerrogativas. A consequência disso é uma isenção do indivíduo diante das possíveis vinculações comunitárias e diante dos possíveis vínculos de solidariedade. É no sentido de uma isenção perante à comunidade, que Esposito (2010) afirmou ser Hobbes o fundador do "paradigma imunitário", no qual o indivíduo atento apenas aos benefícios próprios vê-se como imune à participação social. A isso Forst chama de "atomismo" (2010), e Honneth (2015) de "patologia social", algo que consiste no monologismo e na desvinculação dos

indivíduos dos vínculos sociais, um tipo de patologia social marcadamente paradoxal, pois o indivíduo só é indivíduo dentro de relações sociais que constroem a sua identidade. De acordo com Berten (2003, p. 23), “a concepção liberal é *atomista*, considera um agente e a amplitude de suas escolhas. Os liberais (tanto os de direita quanto os de esquerda) concebem a liberdade como *não-interferência*)”.

Em nível de cidadania, o modelo liberal, de acordo com Habermas (2002a, p. 271), assume um *status* sob a métrica de direitos subjetivos ou direitos fundamentais em detrimento de direitos sociais. A lei tem a incumbência normativa de proteger o cidadão enquanto indivíduo de intromissões alheias, seja do Estado, seja de demais cidadãos. Direitos subjetivos são, assim, direitos negativos que garantem a intocabilidade deste “eu” legalmente protegido e, consequentemente, a não coerção externa, a não ser em casos em que ele viole outras liberdades. Deste modo, o Estado assume uma forma de “Estado mínimo”, em que o que verdadeiramente conta é a proteção do indivíduo e de sua propriedade, e, em termos de libertarianismo, transforma-se num “guarda noturno”, com a função de garantir a ordem/segurança e o banimento da violência. (NOZICK, 1974, p. 26).

Pelo exposto, o modelo liberal, do ponto de vista normativo, *desresponsabiliza* o indivíduo dos laços de cooperação social e de vinculações solidárias e, *ipso facto*, incorre num déficit intersubjetivo. Em nível de padrão de racionalidade, ele é um modelo tendente a pautar as ações em recursos meramente estratégicos, em que os fins justificam os meios, tanto em relações interpessoais quanto em processos políticos de formação da vontade e da opinião pública: “O processo de formação da vontade e da opinião pública, tanto em meio à opinião pública como no parlamento, é determinado pela manutenção entre agentes coletivos agindo estrategicamente e pela manutenção ou conquista de poder”. (HABERMAS, 2002a, p. 275).

No modelo deliberativo exercido de modo radicalmente democrático, o processo político não deve ser subsumido às barganhas próprias do liberalismo e às sondagens demoscópicas de preferências eleitorais em disputas, mas os cidadãos são os autores e destinatários de leis que regem a vida pública. (HABERMAS, 2014, p. 98).

[β] *Republicanismo*. Diferente do liberalismo, o republicanismo, de acordo com Habermas (2002, p. 270), antepõe o primado da comunidade perante o indivíduo, de modo que a política não é acessada como um *medium* ou um aparato subserviente aos direitos individuais e aos êxitos do mercado, mas é, antes de tudo, uma esfera constitutiva e horizonte de sentido da vida ética, tal qual era no modelo de *polis* grega. Não se separa, desta forma, o ético e o político, e o Estado não é como no modelo anterior, subserviente à economia, mas uma comunidade ética.

Há alguns elementos normativos centrais para o republicanismo, a saber, a vida ético-social, a primazia dos laços e as vinculações entre os sujeitos em comunidade, a integração social, as virtudes cívicas, o reconhecimento mútuo. O modelo republicano toma as vinculações das comunidades solidárias como uma integração natural, haja vista o pressuposto de uma natureza política em termos de sociabilidade própria aos indivíduos. É inadmissível a suposição de uma anterioridade do um perante o todo. O todo precede às partes. O bem comum é um valor inalienável dentro da visão republicana. O engajamento político inclui – (e não é uma antítese) – a vida boa, isto é, o modo como o indivíduo, dentro de sua comunidade e de seu *ethos,* confere sentido à sua vida e lida com suas preferências, sem recair num individualismo ou atomismo. Nesse sentido, conforme destaca Berten (2003, p. 21), o republicanismo é afim ao comunitarismo.

Habermas entende que o republicanismo, mais do que o liberalismo, aproxima-se de uma via intersubjetiva e comunicativa, porque trata das relações de modo horizontal voltando-se para o acordo mútuo entre os agentes éticos, enquanto que, no liberalismo, as relações eram marcadamente autorreferenciadas e verticalizadas (no sentido de relações com a lei e com o Estado, sem medição intersubjetiva).

Do ponto de vista jurídico, enquanto o liberalismo foca na primazia dos direitos negativos (direitos de não interferência), o republicanismo toma por base uma concepção positiva de liberdade e de direitos, pensados enquanto vetores que garantem a autonomia política e a participação em uma práxis comum. Se no liberalismo o direito me protege do outro (desagregação social), no republicanismo o direito me legitima a ir ao encontro do outro e oportuniza a inserção na vida comunitária (coesão social).

Do ponto de vista político, se no liberalismo a política era acessada estrategicamente em processos de barganha, no republicanismo o parlamento, a opinião pública e os processos no seu todo não devem ser contaminados por racionalidade estratégica (meio-fim / *Zweckrationalität*) e pela lógica de mercado (HABERMAS, 2002a, p. 275); portanto, o republicanismo não toma por base o paradigma do mercado, mas o paradigma da interlocução. A sua vantagem é oferecer bases para uma democracia radicalmente forte, no sentido de primazia do bem comum, porém, segundo Habermas (2002a, p. 276), o seu ponto fraco é um idealismo ético que consiste em supor uma imbricação natural entre indivíduo e comunidade, sendo que na vida real há patologias sociais que solapam essa pretensa articulação. O erro do republicanismo consiste, assim, numa *condução estritamente ética dos discursos políticos*. Nesse sentido, ele também padece de um déficit intersubjetivo por excesso de idealismo ético; não alcança os indivíduos e as dinâmicas sociais próprias do *Lebenswelt*. Diante destes déficits, Habermas propõe o modelo procedimental de democracia deliberativa, que tenciona superar os limites dos modelos anteriores.

[γ] *Modelo procedimental de democracia deliberativa*. Se tanto o liberalismo, por se deter no modelo de autovantagem, quanto o republicanismo, por padecer de um idealismo ético excessivo, não alcançam devidamente a intersubjetividade, Habermas propõe o modelo procedimental de deliberação, como o modelo tendente a sanar os déficits dos modelos anteriores.

O modelo deliberativo acolhe elementos vantajosos dos modelos liberal e republicano, de modo especial, a inalienabilidade dos direitos subjetivos (no caso do modelo 1), e o potencial solidário (do modelo 2), e os ressignifica dentro de um quadro da teoria discursiva mediante procedimentos comunicativos, que fortalecem o processo democrático. Nesse sentido, em termos claros, o modelo procedimental deliberativo é uma aplicação dos pressupostos da racionalidade comunicativa ao escopo do político. A tese de Habermas (2002a, p. 278) é que o modelo deliberativo desloca-se do universalismo jurídico do modelo liberal e, igualmente, do contextualismo ético do republicanismo "e restringe-se a regras discursivas e formas argumentativas que extraem seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta ao estabelecimento de um acordo mútuo, isto é, da estrutura da comunicação linguística".

O modelo deliberativo é um conjunto de procedimentos que os atores políticos (os cidadãos) usam para chegar a consensos (em meio a dissensos) acerca de questões concernentes à esfera pública. É procedimental porque ele não diz o que fazer, mas como fazer. “A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhes digam respeito”. (HABERMAS, 2002a, p. 280).

Na arena pública do debate, os cidadãos no modelo deliberativo devem seguir algumas regras com vistas ao fortalecimento do processo democrático, dentre elas: (i) não dissimular na propositura de suas idéias; (ii) não usar racionalidade estratégica ou tratar o outro como oponente, mas como parceiro; (iii) vence o melhor argumento; (iv) o melhor argumento é aquele aceito pelos concernidos na ação comunicativa, segundo a racionalidade de sua justificação. Em *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*, Habermas corrobora essas regras do seguinte modo:

> (a) Publicidade e inclusão: ninguém que, à vista de uma exigência de validez controversa, possa trazer uma contribuição relevante, deve ser excluído; (b) direitos comunicativos iguais: a todos são dadas as mesmas chances de se expressar sobre as coisas; (c) exclusão de enganos e ilusões: os participantes devem pretender o que dizem; e (d) não-coação: a comunicação deve estar livre de restrições que impedem que o melhor argumento venha à tona e determine a saída da discussão. (HABERMAS, 2002b, p. 67).

2 O modelo procedimental de democracia deliberativa: oportunidades para se pensar o “social”

Ao tratar das consequências “negativas” do modelo normativo republicano, e ao mesmo tempo atinente à teoria comunicativa, Habermas (2002a, p. 269) sinaliza para o excesso de idealismo ético como desvantagem do modelo republicano. Nesse sentido, Habermas apresenta a condição limítrofe de uma concepção normativa republicana, no tocante à “condução estritamente ética dos discursos políticos”. Há, certamente em *A inclusão do outro,* quando se trata do modelo normativo-deliberativo procedimental, a certificação da insuficiência do discurso ético como pressuposto formal (e talvez até prático), que levante a pretensão em “dar conta”, no cenário de uma democracia hodierna, da questão do conflito de valores advindos das múltiplas formas de

vida coexistentes no interior de uma determinada sociedade. Nesse caso, Habermas aponta – e de certa forma com alguma razão – para o limite da esfera ética ao afirmar que, sob o ponto de vista axiológico, os interesses de ordem coletiva tornam-se inexequíveis de plena efetividade por parte de uma política de Estado. Daí que, para Habermas, há a exigência de outra forma possível de se pensar (e efetivar) a democracia. Concepção essa que recepcione não apenas as contribuições "positivas" tanto do republicanismo quanto do liberalismo; porém, e, sobretudo, que leve em consideração a deliberação mediada pela via procedimental. Por isso mesmo. a insistência habermasiana pela "busca de equilíbrio entre interesses divergentes e do estabelecimento de acordos, da checagem da coerência jurídica [...]". (HABERMAS, 2002a, p. 277).

O procedimento é, portanto, o *leitmotiv* para os acordos, mesmo perante as divergências, além da significativa, importância da esfera do Direito como *medium* normativo para as tratativas no tocante a deliberação "acerca de algo", em uma determinada coletividade política. Assim, no pêndulo normativo entre republicanismo e liberalismo emerge a deliberação que, por sua vez, está centrada na "institucionalização dos procedimentos". (HABERMAS, 2002a). Por outro lado, sob o ponto de vista deliberativo no entendimento habermasiano, presente em: *A inclusão do outro*, todo o processo de formação da opinião pública e da vontade desemboca em "decisões eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas pelas quais o poder criado por via comunicativa é transformado em poder administrativamente aplicável". (HABERMAS, 2002a, p. 281). A pergunta que fica, em aberto, é "como tudo isso ocorre na prática"? De outro modo, em que medida o modelo normativo deliberativo é, de fato, mediante institucionalização dos procedimentos para "atingirmos algo" na sociedade, eficiente (eficaz) para os "temas relevantes para o todo social" como, por exemplo, déficit habitacional, desemprego estrutural, segurança pública, etc.? Habermas responde, atinente aos vestígios durkheimianos sobre o pensamento social, que o corolário normativo-deliberativo pode satisfazer o déficit integrativo da sociedade, mediante a solidariedade na qual, por sua vez, é pensada em contraposição ao dinheiro (lógica do capital) e ao poder administrativo.

E como pensar a solidariedade como "procedimento efetivo" para tentar resolver os temas dilemáticos desse "todo social" habermasiano? Não é, em *A*

inclusão do outro, que podemos encontrar pistas para responder a tal questão; porém, na perspectiva da pesquisa crítica, na qual o próprio Habermas é herdeiro, é possível encontrarmos algumas sugestões para tratar da solidariedade, entendida como uma expressão de cunho ético. Daí que, nesta seção final, queremos explicitar que o modelo procedimental deliberativo é coextensivo à eticidade. Tal tratativa é, de certo, uma forma diversa daquela na qual Habermas propôs e assentou seus argumentos, no que diz respeito à crítica à concepção republicana; porém, e por outro lado, assinalaremos exatamente a dimensão empírica do referido modelo republicano asseverado pelo próprio Habermas, no sentido de entender a deliberação (procedimental) enquanto elemento constitutivo de um programa crítico pensado a partir de uma filosofia social, que permite também pensar a ideia de formas de vida (ou expressões) socioinstitucionais – tal como o orçamento participativo, por exemplo – capazes de prover a solidariedade (JAEGGI, 2001, p. 287-308) enquanto desafio e também contínua construção do labor crítico; portanto, levando em conta as considerações supracitadas, a nossa sugestão de pesquisa é orientada pelas contribuições da filosofia social que se autocompreende enquanto parte constitutiva de uma pesquisa crítica (Teoria Crítica).

Sob um olhar "desinflacionado" para a ideia sobre o "excessivo peso" dado à ética nesse contexto da pesquisa habermasiana, cremos, contrariamente, que seja possível apostar, de forma mais "positiva" na eticidade, enquanto uma expressão não apenas teórica, mas prática, de uma forma normativa de uma democracia, na medida em que se tenha por conta que a concepção normativa democrática deliberativa pode encetar e ensejar possibilidades efetivas de realização das condições mínimas de existência social. Tais condições dizem respeito ao enfrentamento das situações que ofendem as condições existenciais (sociais), que humilham e ofendem a dignidade da pessoa humana. (FORST, 2013, p. 150-164). Apenas a título de exemplificação (PINZANI, 2002, p. 88-106), a situação de extrema pobreza (PINZANI, 2011, p. 83-101) que marca profunda e indelevelmente o nosso país. Tais temas são tomados a sério pela filosofia social, que se ancora na pesquisa crítica, como ponto de apoio fundamental de uma pesquisa social.

Entendemos por filosofia social a área do saber que "aborda o Social [...] que se pergunta por nossas práticas sociais, instituições e relações sociais,

portanto, de nossas formas de vida sociais". (Jaeggi, 2017). O *Social (Das Soziale)* (Fischbach, 2016, p. 81-92) é, por sua vez compreendido, no âmbito de uma *Sozialphilosophie*, como as relações (práticas) sociais bem como em suas instituições nas quais sejam compreendidas enquanto condições constitutivas para o exercício efetivo da individualidade e liberdade. (Jaeggi; Celikates, 2017, p. 11).

A respeito da ideia de formas de vida, seguimos a orientação de Rahel Jaeggi, e, a seguir, apresentamos seu núcleo conceitual: uma forma de vida, portanto, pode ser entendida:

> (A) enquanto um "feixe de práticas *(Bündel von Praktiken)* aplicadas às recíprocas conexões" cuja orientação denotativa se refere a(s):
> (B) as formas de vida como formações coletivas ou, de outro modo, como coexistência de ordenamentos humanos. Uma forma de vida não tem apenas uma só pessoa. Ela se baseia nas práticas sociais partilhadas onde esse indivíduo participa e se relaciona enquanto pessoa. A forma de vida de um indivíduo indica que ele em seu agir individual tem participação numa práxis coletiva;
> (C) formação "vivida" *(eingelebt)* de características costumeiras;
> (D) ordenamentos cooperativos sociais que se baseiam nas práticas regulares. As formas de vida são delimitadas *(abgegrenzt)* perante a possibilidade de um desarranjo *(Unordnung)* e se distinguem, pelo menos, da perspectiva interna dos participantes através de certa expectativa de cooperação. (Jaeggi, 2014, p. 77-78).

O desenho conceitual (A-D) apresentado por Jaeggi, acerca da forma de vida, se aproxima do conceito também por ela apresentado de solidariedade, como forma de vida ética, na medida em que o entendimento desse último se estabelece no "interesse do indivíduo (que) deve ser entendido como 'interesse no interesse dos outros". (Jaeggi, 2001, p. 293). Subjaz nesse argumento uma forte concepção teleológica social orientada por uma concepção emancipatória, onde o item "B" se aproxima da esfera "do Social" com fortes pretensões normativas da proposta orçamentária deliberativa (orçamento participativo / OP) ainda mais quando essa última se endereça para as práticas políticas na esfera pública. A propósito, nesta pesquisa o OP é entendido pelos seguintes elementos: (A) princípios da participação; (B) características fundamentais; (C) funcionamento; (D) critérios distributivos e técnicos; e, por fim, (E) natureza:

> (A) participação aberta a todos os cidadãos sem nenhum status especial atribuído a qualquer organização inclusive as comunitárias; combinação da democracia direta e representativa cuja dinâmica institucional concede aos próprios participantes a definição das regras internas; alocação dos recursos para investimentos baseada na combinação de critérios gerais e técnicos;
> (B) ter como base geográfica uma divisão territorial da cidade; ter conselhos regionais deliberativos; todos os moradores da área de abrangência do Conselho fazem parte do mesmo e o elegem, tendo este que prestar contas de seus atos periodicamente; permitir modificações na sua esfera de competência, a qual deve aumentar à medida que os conselhos se fortalecem; os Conselhos respeitarão a autonomia operacional da administração municipal; deve ser resguardado o princípio de fidelidade do representante ao representado; as diversas entidades da sociedade civil atuarão no sentido de reforçar a participação nas assembleias regionais [...];
> (C) quando as decisões dependerem de uma decisão da Câmara caberá aos Conselhos exercer sua pressão organizada; definição do setor do governo no qual será desenvolvido o OP; descrição do ciclo do OP: reunião inicial para apresentação, reuniões regionais para seleção de prioridades, reuniões intermediárias para a confirmação das escolhas, negociação entre Executivo e representantes da população sobre a montagem da proposta orçamentária; encaminhamento da proposta para a Câmara Municipal; prestação de contas públicas; comissões de fiscalização e acompanhamento de obras;
> (D) critérios técnicos: demográficos, de carência territorial dos bens e dos serviços públicos e de preferência popular; critérios baseados na deliberação pública; critérios de exequibilidade;
> (E) decisão e soberania popular materializada na noção de deliberação pública; decisão sobre o conjunto do orçamento da prefeitura; prestação de contas e transparência para a efetivação do controle social das decisões. (SANCHES, 2002, p. 128).

Acreditamos que a proposta orçamentária concebida no interior de uma forma de vida socioinstitucional (JAEGGI, 2014, p. 74) – enquanto possibilidade efetiva de uma forma de vida expressar suas pretensões idiossincráticas mediante o aparato institucional – faz emergir o tema do *Social,* como fonte primaz não apenas de um ancoramento filosófico-social, mas, sobretudo, na perspectiva de se pensar a emancipação. Daí que a prática social compartilhada, intersubjetivamente, no intuito da emancipação de determinadas patologias sociais enseja radicalmente um repensar da vida social *(des sozialen Lebens)* inserida no próprio contexto de um ordenamento social e institucional coletivo.

No caso do orçamento participativo, pensado enquanto forma de vida socioinstitucional e possível elemento temático de uma pesquisa crítica no âmago da filosofia social, que busca a efetividade do *Social* mediante, por

exemplo, a crítica aos mecanismos ideológicos (GEUSS, 1981, p. 4-44) disruptivos à esfera do próprio *Social*, nos quais os indivíduos ficam desprovidos das condições mínimas de existência social, a ação procedimental negociadora entre o executivo local e os representantes da população acerca da montagem da proposta orçamentária é autocompreendida enquanto tarefa tanto social quanto normativa do próprio orçamento participativo (OP). Nesse sentido, a esfera socionormativa no intuito de regular e estruturar uma prática de vida em comum se torna *conditio sine qua non* da efetividade social do OP, sob uma forma de vida institucional, cujo pressuposto socioinstitucional recepciona a própria normatividade. (JAEGGI, 2014, p. 144-199). É nesse sentido que as sentenças normativas apresentam mais do que descrições da realidade, porém produzem um propósito normativo (JAEGGI, 2014, p. 146) para a realidade social, na medida em que, no caso da proposta deliberativa orçamentária, as reuniões de cada assembleia para a confirmação das escolhas são documentadas e, mais ainda, obedecem ao "rito habermasiano" da institucionalização procedimental para tomadas de ação/posição. Por outro lado, no tocante ao *Social*, a solidariedade enquanto cooperação intrínseca (JAEGGI, CELIKATES, 2017, p. 38-41) assume um patamar elevado no esteio da pesquisa da filosofia social. As reuniões das assembleias para definir as prioridades de uma determinada forma de vida social possuem um caráter profundamente intrínseco e cooperativo, pois o *telos* à práxis é compreendido enquanto ação comunal do "interesse no interesse dos outros" não promovendo, a despeito de uma crítica interna, a total disrupção da subjetividade; porém, ao contrário, permite emergir as contradições de uma forma ideológica social (JAEGGI; CELIKATES, 2017, p. 108), a partir da intersubjetividade construída para a emancipação.

A busca por essa efetivação se vincula diretamente à conquista dos bens sociais em uma determinada sociedade ou comunidade civil. Nesse caso, no tocante ao OP, o que "está em jogo", sob a perspectiva do *Social*, não é apenas o exercício da autodeterminação do indivíduo e de sua liberdade (Honneth), mas um processo de autodeterminação coletiva. (JAEGGI, 2014, p. 446). A assertiva de Jaeggi em estabelecer o pressuposto da solidariedade enquanto forma de vida ética (eticidade), que se funda no "interesse no interesse dos outros", ganha força emancipatória e engendra novas situações tanto às pretensões socionormativas quanto à práxis, promovendo (efetivando) uma forma solidária

de ação social. No esteio dessa autocompreensão coletiva, o orçamento participativo passa a ser compreendido como uma forma de vida solidária, na medida em que no uso dos seus pressupostos fundamentais (A – E) – esses, por sua vez, fundamentados numa proposta distributiva de ação – busca atingir a efetividade possibilitadora do *Social*, na medida em que realiza especialmente para a população pobre o ingresso (ou o acesso) aos bens e serviços públicos. Nesse contexto, os bens públicos passam a serem entendidos mais especificamente como àqueles voltados para os bens sociais (JAEGGI; CELIKATES, 2017, p. 49-52), na medida em que os bens sociais se constituem enquanto condições reais (de mediação) de existência social integrantes do tema central da filosofia social: o *Social*.

Considerações finais

Do exposto, podemos depreender o seguinte: o modelo liberal é vantajoso no sentido de resguardar os direitos subjetivos, mas é deficitário porque é embasado na autovantagem e é permeado por um atomismo que desvincula os indivíduos das responsabilizações solidárias e comunitárias, solapando, desta forma, as possibilidades de integração social.

O modelo republicano é vantajoso, no sentido que corrige o individualismo do modelo liberal, mas, por outro lado, ele é tendente a recair numa imposição dos costumes da comunidade sobre o indivíduo e, além disso, padece de um excesso de idealismo ético ao supor uma articulação natural entre indivíduo e comunidade.

A tese de Habermas é que o modelo deliberativo supera os limites dos dois modelos anteriores, porque supre o déficit intersubjetivo, na medida em que não se limita apenas a defender direitos individuais, como é caso do modelo liberal, e não incorre na idealização de uma condução estritamente ética dos processos políticos, como se os indivíduos fossem naturalmente solidários e cooperativos, tal qual projeta o republicanismo cívico.

O modelo deliberativo – enquanto um conjunto de regras ou procedimentos com vistas ao consenso – fortalece o processo democrático à medida que toma os indivíduos em sua dimensão real, com seus conflitos e tensões, e lhes possibilita um espaço de debate franco, no qual as decisões são

justificadas e legitimadas/validadas pelo melhor argumento, enquanto argumento mais coeso do ponto de vista da esfera pública e dos princípios democráticos.

Óbvio que, a fim de instigar a reflexão crítica, poderíamos perguntar a Habermas, como uma questão programática final: Por que os envolvidos na ação comunicativa em espaços deliberativos devem seguir o melhor argumento, isto é, qual a motivação para que optem pelos princípios democráticos? Haveria em Habermas um “déficit motivacional”, sobretudo, diante de contextos vulneráveis de formação da vontade pública? Deixaremos estes questionamentos para pesquisas futuras e para a reflexão, pois o nosso objetivo neste texto foi apresentar as características e os desdobramentos fundamentais dos três modelos aqui abordados.

Referências

BERTEN, André. Republicanismo e motivação política. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p. 21-36.

DETEL, Von Wolfgang. *Philosophie des Sozialen*. Stuttgart: Reclam, 2007. (Grundkurs Philosophie 5).

ESPOSITO, Roberto. Bios: Biopolítica e filosofia. Trad. de M. Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010.

FISCHBACH, Franck. Die Umtriebe des “Sozialen”. In: ______. *Manifest für eine Sozialphilosophie*. Bielefeld: Transcript Verlag, 2016. p. 81-92.

FORST, Rainer. Der Grund der Kritik: Zum Begriff der Menschenwürde in sozialen Rechtsfertigungsordnungen. In: JAEGGI, Rahel, WESCHE, Tilo (Org.). *Was ist Kritik?* 3.ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2013. p. 150-164.

FORST, Rainer. *Contextos da justiça*: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. Trad. de Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

GEUSS, Raymond. Ideology. In: _______. *The idea of a critical theory:* Habermas and the Frankfurt School. Cambridge: Cambridge Press, 1981. p. 4-44.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Trad. de George Sperber e Paulo Soethe. São Paulo: Loyola, 2002a.

______. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Trad. de Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002b.

______. *Na esteira da tecnocracia*: pequenos escritos políticos XII. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Unesp, 2014.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Linhas fundamentais da filosofia do direito, ou direito natural e ciência do Estado em compêndio*. Trad. de Paulo Meneses et al. São Leopoldo, RS: Ed. Unisinos, 2010.

HELFER, Inácio. Os bens sociais são sempre bens convergentes? *Trans/Form/Ação*, Marília, v. 35, n. 2, p. 163-186, 2012.

HERZOG, Lisa. Die soziale Dimension der Freiheit. In: ______. *Freiheit gehört nicht nur den Reichen: Plädoyer für einen zeitgemäßen Liberalismus*. München: C.H. Beck Verlag, 2014. p. 12-15.

HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Trad. de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. Trad. de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

HONNETH, Axel. Philosophie als Sozialforschung: Zur Gerechtigkeit von David Miller. In: ______. *Das Ich im Wir: Studien zur Anerkennungstheorie*. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2010. p. 158-178.

JAEGGI, Rahel; CELIKATES, Robin. *Sozialphilosophie: Eine Einführung*. München: C.H.Beck, 2017.

JAEGGI, Rahel. Normen und Normativität. In: ______. *Kritik von Lebensformen*. 2.ed. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2014. p. 144-199.

JAEGGI, Rahel. Solidarity and indifference. In: MEULEN, Ter, ARTS, Will, MUFFELS, R. (Org.). *Solidarity in Health and Social Care in Europa*. Dordrecht: Springer, 2001. p. 287-308.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and utopia*. Oxford UK & Cambridge USA, Blackwell, 1974.

PINZANI, Alessandro. Teoria Crítica e Justiça Social. *Civitas*, Porto Alegre, n. 1, p. 88-106, 2012.

______. De objetos da política a sujeitos da política: dar voz aos pobres. *Ética*, Florianópolis: n. 3, p. 83-101, 2011.

SÁNCHEZ, Félix. *Orçamento participativo:* teoria e prática. São Paulo: Cortez, 2002. (Coleção Polêmicas da nossa época 97).

TAYLOR, Charles. Bens irredutivelmente sociais. In: ______. *Argumentos filosóficos*. Trad. de Adail Sobral. São Paulo: Loyola, 2000. p. 143-161.

WACQUANT, Loic. Three steps to a historical anthropology of actually existing neoliberalism. *Social Anthropology*, n. 20, p. 66-79, 2012.

7
A sociedade de risco e a questão de mercado

João Ignacio Pires Lucas*
Moises Rech**

Introdução

Com a crise dos Estados nacionais, mesmo dos países mais desenvolvidos, há o crescimento da importância das grandes empresas, que também podem ser chamadas de Empresas Multinacionais (EM). Segundo Kotler e Kotler (2015), tendo como base o ano de 2010, cerca de 8 mil empresas multinacionais (com faturamento superior a 1 bilhão de dólares por ano) geraram 90% do Produto Mundial Bruto (PMB) –, sendo que apenas 600 cidades com essas empresas geraram 50% do PMB, ou pior, apenas 100 dessas cidades haviam gerado 38% do PMB, ou seja, um resultado da riqueza global concentrado em poucas empresas e cidades. E se o crescimento das cidades globais já é importante para os países mais desenvolvidos, ele é ainda mais significativo para os países em desenvolvimento. "Construir cidades, e não um país, tem sido a chave para o crescimento dos mercados emergentes". (KOTLER; KOTLER, 2015, p. 8). E como ficam as outras cidades e o restante dos países, especialmente a população mais pobre? Esta é a indagação principal deste trabalho, especialmente no que concerne aos riscos sociais e ambientais derivados desse processo tardio da globalização capitalista.

A principal hipótese de trabalho é oriunda da reflexão da obra seminal de Albert Hirschmann (1992), a *Retórica da intransigência*, da qual os intelectuais defensores do mercado globalizado, hegemonizado por poucas empresas e cidades, partem para a construção de uma versão da ideologia dominante, fundada na tese da ameaça, isto é, no argumento de que ou os países se flexibilizam a ponto de essas empresas poderem negociar apenas com algumas cidades seus pactos legais, pactos marcados pela precarização das condições sociais e de trabalho, além de serem muito brandos do ponto de vista da precaução e prevenção ambiental, ou as empresas partem para outros países e

* Doutor em Ciência Política. Professor na Universidade de Caxias do Sul. *E-mail*: jiplucas@ucs.br
** Mestre em Direito. Professor na Universidade de Caxias do Sul. *E-mail*: mjrech7@gmail.com

cidades. Em outras palavras, mas simplórias, é pegar ou largar, especialmente para os países emergentes, que têm muita mão de obra barata para oferecer, incentivos fiscais generosos, além de legislações ambientais frouxas.

A hipótese secundária é direcionada para as sobras, isto é, para as outras cidades (não globais) e para os países sem cidades globais. Dessa forma, a hipótese secundária avança na ideia de que países e cidades sobrantes precisarão reinventar uma globalização alternativa, sob pena de sucumbirem profundamente numa crise local e global dos deserdados da globalização capitalista.

E a hipótese teórica, como pano de fundo, é de que a atual fase da globalização capitalista é marcada pelo fortalecimento de EMs e de poucas cidades globais, cada vez mais restritas a certos países desenvolvidos, e com poucas unidades nos países em desenvolvimento, como no caso de cidades da China e da Índia.

Para tantos testes de hipóteses, o trabalho está dividido em três seções: a primeira, para a revisão da atual fase da globalização capitalista em seus discursos e práticas globais; a segunda, para a discussão das atuais cidades globais, quais são e o que tem oferecido às empresas multinacionais; e a terceira parte para a discussão dos efeitos sociais e ambientais da ação das empresas multinacionais nessas cidades e no mundo.

1 Globalização capitalista e nova hegemonia do mercado global

Santos (2002) foi um dos que mais perguntaram sobre a possibilidade de outras globalizações. Para ele, há a globalização capitalista hegemônica que intensifica as relações entre as localidades, ao mesmo tempo em que concentra poder e recursos nas localidades globalizadas mais poderosas e desenvolvidas. (SANTOS, 2002). Os locais globalizados, no entendimento de Santos (2002), são representados por localidades que conseguem transmitir seus produtos e processos para as demais, caracterizadas por serem globalismos localizados (locais que acabam reproduzindo os padrões de outras localidades). Isso de forma a criar uma ideia difusa de homogeneização, mas que, na verdade, padroniza e rotiniza apenas certos aspectos que sejam favoráveis ao empoderamento individual dos localismos globalizados. Por isso, contra essa

globalização, Santos (2002) fala de outras globalizações, mais parecidas com localizações. “Entendo por localização o conjunto de iniciativas que visam criar ou manter espaços de sociabilidade de pequena escala, comunitários, assentes em relações face-a-face, orientados para a auto-sustentabilidade e regidos por lógicas cooperativas e participativas”. (SANTOS, 2002, p. 77).

Nesse sentido, a construção de uma globalização hegemônica ou contra-hegemônica assenta dentro da visão de hegemonia de Gramsci (2014), visão construída a partir da tese de que as classes dominantes (locais ou globais) precisam, em primeiro lugar, criar consensos internos, a partir do uso de ideologias (na busca de uma versão dominante) e da liderança moral e intelectual de pessoas e grupos sociais para que, num segundo momento, seja possível a conquista de consentimento das classes subalternas. (GRAMSCI, 2014).[1]

Por isso, a construção de uma ideologia dominante pressupõe a priorização de certos argumentos e teses. O principal argumento da globalização capitalista hegemônica é o do mercado livre global.

> No comércio exterior, assim como no comércio nacional, é do interesse “do grande conjunto da população” comprar da fonte mais barata e vender para a mais cara. No entanto, “os sofismas interesseiros” levaram a uma proliferação desnorteadora de restrições sobre o que podemos comprar e vender; de quem podemos comprar e a quem podemos vender, e em que termos; quem podemos empregar e para quem podemos trabalhar; onde podemos morar e o que podemos comer e beber. (FRIEDMAN; FRIEDMAN, 2015, p. 72, grifos do autor).

Pelo exposto, na citação acima, são “sofismas interesseiros” restrições legais contra o uso de trabalho infantil, bem como são erradas as medidas legais no âmbito do direito ambiental, especialmente se elas dificultarem a livre-iniciativa e o livre-comércio. Porém, esse argumento do livre-mercado foi ampliado recentemente para a introdução de um anexo, ou seja, de algo que possa precisar melhor o tipo de comércio exterior e nacional hegemonizado agora pelas empresas multinacionais e gerenciados a partir de cidades globais.

[1] A obra em tela é *Cadernos do Cárcere*, escritos da prisão, mas editados e organizados depois de sua morte, por membros do Partido Comunista Italiano. No Brasil, tais cadernos foram editados em seis volumes, o original italiano tem apenas quatro.

> O crescimento econômico floresce não a partir da visão da construção nacional, mas das políticas nacionais que incentivam o investimento privado mundial nas indústrias, no comércio e no consumo nas principais cidades em crescimento, tanto no mundo desenvolvido quanto no mundo em desenvolvimento. (KOTLER; KOTLER, 2015, p. 8).

Nesse sentido, se já havia a tese da ameaça que lançava ofensas contra as restrições legais do livre-comércio por elas serem "sofismas interesseiros" – ainda que buscassem a proteção de crianças e do meio ambiente –, agora o livre-comércio das empresas multinacionais deve ser incentivado (pelo Estado, é claro), especialmente no investimento que essas empresas fizerem para o aumento do consumo das pessoas nas principais cidades em crescimento.

> O elemento principal para a nova criação de riquezas derivará do consumo, que se espera seja fortemente impulsionado em função do aumento numérico e de poder aquisitivo das famílias, que de 485 milhões com uma média de rendimentos per capita de $20.000 em 2007, deverão constituir cerca de 735 milhões com média de rendimentos per capita de $32.000 em 2025. (KOTLER; KOTLER, 2015, p. 11).

Ou seja, 735 milhões numa população global de mais de 7 bilhões. Então, o que fazer com os demais? Deixar que morram de fome, sede, doenças? Como as políticas públicas e os direitos poderão reverter essas tendências globais? As empresas multinacionais servem para o desenvolvimento humano e ambiental?

2 Cidades globais, empresas multinacionais

Se a estratégia hegemônica do capitalismo globalizado é articular as cidades globais e as empresas multinacionais, é preciso saber em que condições e exigências as empresas estabelecem para migrar/permanecer nas cidades, e o que as cidades têm para oferecer às empresas multinacionais.

> As EMs [empresas multinacionais] se fazem estas perguntas: qual o tamanho potencial da população compradora dos produtos da empresa? Qual é o nível médio de renda desse consumidor? A classe média está se expandindo? Os compradores são sensíveis à publicidade? Quais leis e regulamentações teriam que ser estudadas? Quais são as práticas comerciais aceitáveis? A economia está crescendo ou ao menos razoavelmente estabilizada? (KOTLER; KOTLER, 2015, p. 74-75).

Qual a chantagem e a ameaça presente no cerne do argumento dos intelectuais que advogam as teses da globalização capitalista hegemônica dos dias atuais: "As empresas multinacionais não se mudam para países ou cidades com elevada incidência de impostos, barreiras regulatórias, infraestrutura inadequada, salários relativamente altos". (KOTLER; KOTLER, 2015, p. 74). Isso porque elas estão com o poder quase absoluto sobre os destinos da globalização. Muitas dessas têm mais recursos em caixa do que os países nos quais elas operam. Muitas delas são mais responsáveis pelas riquezas geridas e circuladas do que os países podem oferecer como serviços públicos para os seus cidadãos.

Quais são estas cidades globais? Mesmo no futuro, como já apontou o *McKinsey Global Institute*, não serão mais do que 600, sendo que uma boa parte delas (cerca de 100) sejam apenas da China. No terreno ocidental, mais particularmente nos EUA, este instituto estima que apenas Nova York, Los Angeles, Chicago, Dallas, Houston, Filadélfia, Boston, São Francisco e Washington estejam entre essas. Na verdade, já foi feito um mapeamento do mundo de quais as regiões metropolitanas que poderão servir. No caso da América Latina, não são computadas hoje e no futuro mais cidades do que uma lista que contém: Cidade do México, São Paulo, Rio de Janeiro e Buenos Aires, isso se elas adotarem medidas de atração e retenção das empresas multinacionais, além de precisarem da ajuda dos seus países em não atrapalharem, bem como subsidiarem tais empresas (com impostos coletados junto aos cidadãos de outras cidades).

Como a maioria dos países não consegue flexibilizar os direitos e as políticas públicas, pois ainda muitos deles acabam desenvolvendo políticas públicas para regiões mais atrasadas nos planos social e ambiental, acabam sendo poucas as cidades que conseguem produzir uma maior atratividade. Para isso, é preciso que os governos nacionais minimizem essas políticas sociais e ambientais, e há uma pressão forte sobre eles nesse sentido, especialmente nesses três (México, Brasil e Argentina), bem como as cidades citadas sejam atrativas por elas mesmas. No caso do Brasil, grandes eventos na área do esporte serviram de parâmetro para que o Rio de Janeiro e São Paulo passassem por uma avaliação que poderia ser chamada de "padrão FIFA".[2]

---

[2] Numa alusão ao chamado padrão FIFA para as cidades e estádios inscritos para sediarem a Copa do Mundo de Futebol, em 2014.

3 Cidades globais, degradação local

> Fábricas cujos donos são estrangeiros, localizadas em determinado país, podem produzir emissões de carbonos que poluem o ar no entorno, ou despejar resíduos químicos nos rios tornando as águas impróprias para o consumo humano ou animal. É comum as empresas de países desenvolvidos mudarem suas operações para os países em desenvolvimento, onde a legislação ambiental é frágil ou inexistente. (KOTLER; KOTLER, 2015, p. 194).

Lipovetsky e Serroy (2011, p. 33) chamam a globalização capitalista hegemônica como "o hipercapitalismo ou a cultura global do mercado". Hipercapitalismo articulado com outras tendências hipermodernas, como o hiperconsumismo e o hiperindividualismo. E um dos principais desdobramentos desses processos estruturais é o do aumento da degradação ambiental, especialmente pelo hiperconsumismo impulsionado pelas empresas multinacionais, voltadas ao grande rendimento com a venda de mercadorias industrializadas (pouco recicladas e degradáveis). Mas também o processo produtivo e as próprias regras trabalhistas e sociais mais flexíveis compõem o quadro terrível dessa (nova) sociedade de riscos. (BECK, 2010).

Por um lado, o hipercapitalismo e o hiperconsumismo geram uma grande quantidade de lixo que não é reciclada, parando muitos deles nos leitos dos rios, nas águas e em bacias de captação de recursos hídricos. O hiperconsumismo é a versão mais individualista do consumo orgânico realizado desde sempre pela sociedade. O hiperconsumismo também é uma versão mais produtora de resídios do que as versões de consumo do passado, até porque as empresas multinacionais investem em tecnologia que possa ter uma decrepitude acelerada, afora os tais apelos à publicidade (comentados numa citação acima), que as empresas fazem de seus produtos.

Por outro lado, os processos produtivos são degradantes por si mesmos. Eles poluem já na produção, além de seguirem poluindo pelo consumo. E não são poucos os exemplos de que grandes empresas multinacionais já fizeram uso de condições ambientalmente degradantes.

E, em terceiro lugar, a degradação social também é derivada dessa tendência global capitalista de fortalecimento de empresas multinacionais. A pressão pela flexibilização na legislação trabalhista é peça-chave para a atração e

retenção de empresas, que não se importam de superexplorar sua mão de obra, como no caso da "epidemia da terceirização". (ANTUNES; DRUCK, 2014, p. 13).

Por isso, Santos (2002) falou de uma outra globalização, umas mais comunitária e participativa. Uma que não precise tanto das empresas multinacionais, particularmente de empresas que somente visam à extração de lucro dos países periféricos, para o enriquecimento de acionistas distantes. E não faltam experiências pelo mundo, seja de processos mais participativos, como foi o caso das próprias experiências brasileiras do orçamento participativo (AVRITZER; NAVARRO, 2003), ou de experiências sociais e culturais pelo mundo em desenvolvimento. (SANTOS, 2003).

Conclusão

As três hipóteses lançadas no trabalho foram testadas a partir da revisão de autores e de seus argumentos, além de dados que pudessem subsidiar os testes. Nesse sentido, quatro conclusões podem ser destacadas.

A retórica da intransigência do mercado como ideologia dominante vem sofrendo alterações nas últimas décadas, até mesmo pela crise do socialismo real, num primeiro momento, e dos Estados nacionais agora. Sim, o argumento principal é de que o mercado é o melhor lugar para as pessoas viverem, prosperarem e resolverem os seus e os problemas dos outros. Porém, os mercados globais não são mais tão inclusivos e extensos como foi prometido na emergência emancipatória do discurso da modernidade jurídica e política. (SANTOS, 2000). Nesse sentido, as novas versões de mercados globais, na verdade, restringem-se aos mercados de algumas cidades e de alguns países, pois, desde que o consumo das classes médias e altas seja hiperconsumismo, as vendas e os lucros poderão seguir de forma adequada, sem grandes abalos. E, pelo lado dos produtores e vendedores, apenas grandes empresas multinacionais (de varejo, de produção, de tecnologia, etc.).

Outro detalhe na retórica dominante, detalhe ideológico, é que os argumentos para a defesa dessas ideias devem ser "agressivos", isto é, pela formalização de ameaças veladas e explícitas quanto ao desejo das empresas e do quanto os países e cidades podem perder, caso não migrem ou permaneçam em determinadas cidades e em determinados países. Se as pessoas querem

emprego, renda, comida, diversão e arte, elas precisam aceitar as condições das empresas multinacionais.

A segunda conclusão do teste das hipóteses é de que os países periféricos precisam desenvolver estratégias alternativas ou sucumbirão ao patamar muito crítico de caos e exclusão social sem precedentes. A outra globalização, como defende Santos (2003), pode permitir saídas comunitárias, políticas e econômicas às tendências globais hegemônicas do capitalismo. No plano político, a crise da democracia representativa deve ser superada pela inclusão crescente de ferramentas para a participação política dos cidadãos, em diferentes assuntos públicos. No plano cultural, a indústria cultural global deve ser contrabalançada pela cultura do *copyleft,*[3] bem como pela valorização das culturas locais.

A terceira conclusão é que está entre os piores desdobramentos da atual fase da globalização capitalista o aumento do consumo de famílias da chamada classe média, consumo impulsionado e estimulado pelas empresas multinacionais e governos locais (reféns de suas armadilhas publicitárias), e que gera, em linhas gerais, a emergência do hiperconsumismo. O hiperconsumismo é a última versão do consumismo individualista e de grande produção de resíduos pelo aumento da obsolescência programada das mercadorias industrializadas. Ele produz o aumento de resíduos, o que afeta negativamente os índices de poluição e lixo. E isso é ainda pior nos países periféricos, que não reciclam a maior parte dos seus resíduos.

E, por fim, a quarta conclusão, na testagem das hipóteses, é de que a degradação social também é um dos produtos da globalização capitalista atual, especialmente nas difusões das epidemias da terceirização e da fragilização das condições de trabalho. Sempre os pobres, as crianças, os idosos, as mulheres, entre outros, estão na iminência de serem superexplorados. Como foi dito pelos intelectuais hegemônicos, é perigoso para os países e para as cidades aderirem aos “sofismas interesseiros” daqueles que querem restringir a atividade do livre mercado.

As cidades globais e as cidades não globais têm alternativas para não seguirem nesse fluxo global, mas essas alternativas custam caro do ponto de

[3] *Copyleft* é a prática no ciberespaço de fazer uso de músicas, filmes, livros etc., sem que eles sejam remunerados como na previsão do *copyright*. Os jovens costumam fazer muito *copyleft* quando “baixam” músicas, filmes, livros nos seus dispositivos informacionais.

vista político, especialmente pelo enfrentamento do senso comum e da ideologia dominante. A contra-hegemonia global depende do sucesso dessas alternativas, ainda que os Estados nacionais não tenham despertado para essa situação.

Referências

ANTUNES, Ricardo; DRUCK, Graça. A epidemia da terceirização. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil III.* São Paulo: Boitempo, 2014.

AVRITZER, Leonardo; NAVARRO, Zander (Org.). *A inovação democrática no Brasil.* São Paulo: Cortez, 2003.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2010.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Livre para escolher.* Rio de Janeiro: Record, 2015.

GRAMSCI, Antônio. *Cadernos do cárcere*. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. 6 v.

HIRSCHMAN, Albert. *A retórica da intransigência*: perversidade, futilidade, ameaça. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

KOTLER, Philip; KOTLER, Milton. *Conquistando mercados mundiais*: como as empresas investem e prosperam nas cidades mais dinâmicas do mundo. Rio de Janeiro: Alta Books, 2015.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A cultura-mundo*: resposta a uma sociedade desorientada. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar*: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

______ (Org.). *A globalização e as ciências sociais.* São Paulo: Cortez, 2002.

______. *Para um novo senso comum:* a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

8
Isso não é um sujeito: considerações sobre o poder e as representações em Foucault[#]

Julice Salvagni[*]

Primeira impressão

Que a arte nos aponte uma resposta mesmo que ela não saiba
e que ninguém a tente complicar porque é preciso
simplicidade pra fazê-la florescer.
(Fernando Pessoa)

Trazemos para a discussão a possibilidade de pensar o sujeito de Foucault, a partir de uma articulação com o entendimento da arte. Para tanto, usamos como principal norteador da discussão o livro em que Foucault discute a obra de René Magritte, *Isso não é um cachimbo*.

O livro, que leva o mesmo nome da obra, trata da intenção do autor em mostrar que uma obra de arte, por mais que seja semelhante à realidade, é apenas uma representação. Para isso o autor escreve na tela, onde está desenhado um cachimbo com perfeição, que isto não é um cachimbo. Ora, a obra não dá ao cachimbo função real, mas todos que olharem para ela vão dizer que isto é sim um cachimbo.

Será que podemos pensar, enquanto as representações de Foucault, a morte do sujeito num sentido semelhante ao da arte de Magritte? O sujeito, por si mesmo, que existe na linguagem, não existirá apenas enquanto uma representação de um sujeito?

Objetiva-se refletir sobre a existência do sujeito, em meio a complexas relações de poder. As questões norteadoras, a fim de busca responder aqos modos como os sujeitos transgridem as relações que lhes são impostas, serão discutidas em meio às teorizações sobre o poder, a luta contra o poder vigente e

---

[#] Artigo publicado originalmente em “Linguagens – Revista de Letras, Artes e Comunicação”, Blumenau, v. 5, n. 3, p. 322-334, set./dez. 2011, ISSN 1981-9943. Disponível em: <http://proxy.furb.br/ojs/index.php/linguagens/article/view/3070/2121>.

[*] Professora adjunta no Departamento de Ciências Administrativas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), na área de Estudos Organizacionais. Pós-Doutora, pelo Programa Nacional de Pós-Doutorado da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (PNPD/Capes – 2016-2018). Doutora em Sociologia (UFRGS/Capes – 2012).

as representações que emergem, a partir das relações entre elementos e suas funções. Destarte, destacamos de igual modo a função social que compõe e subjetiva este sujeito que é coletivo, composto e criado mediante representações psíquicas.

Contudo, tanto quanto na obra de Magritte, o sujeito existe, sim, quando confronta as relações do poder que o compõe, em absoluto. Essa luta do sujeito contra o poder que lhe é imposto faz com que haja um leque de possibilidades de transformações; porém, por sua vez também vão estar cercadas por complexas relações de poder, construídas coletivamente e vão representar esse sujeito. Apoiados na arte, portanto, desejamos contribuir com mais um aspecto dentre tantas as leituras possíveis do sujeito psíquico, em relação com o social.

1 Surrealismo e a arte de Magritte

A arte sempre teve um papel central na busca por transformações sociais. O surgimento do surrealismo, um importante estilo artístico, não aconteceu com um intuito diferente. Muitos dos movimentos modernos da arte, ao longo dos tempos, foram marcamos por expressões próprias, objetivando a construção de uma nova concepção de mundo. Isso faz com que a arte carregue consigo a possibilidade de ir além da compreensão em si mesma, para a criação de novas formas à sociedade.

Já que vamos tratar do sentido do sujeito para Foucault, relacionando sua oba com aspectos da arte, é fundamental compreender o movimento que inspirou René Magritte (1898-1967) a compor a obra *Isso não é um cachimbo*, posteriormente analisada por Focault. Aliás, muitos dos ideais do próprio estilo artístico vão fazer sentido com a literatura foucaultiana.

O surrealismo surgiu, em 1924, com a publicação do Manifesto Surrealista por André Breton, como um movimento que "pretendia negar a estética, os valores estabelecidos de uma sociedade burguesa a burocrática". (FERRARAZ, 2001, p. 2). Para além da intenção de criar um novo padrão estético, este movimento pretendia uma mudança de valores importante, por isso aconteceu paralelamente a estudos freudianos e marxistas.

Os valores sustentados pela arte surrealista foram: a beleza convulsiva, a humor negro, o amor louco e o acaso objetivo.

> A beleza convulsiva significa aquela que era resultante da oposição de duas realidades distintas na busca da supre-realidade. O humor negro objetivava uma espécie de terrorismo contra os valores "morais" da sociedade. O amor louco era o único que os interessava e, pelo qual, os surrealistas elegiam a mulher como a representante do objeto de desejo. E o acaso objetivo se dava através das relações de coincidência recorrentes da vida. (FERRARAZ, 2001, p. 2).

Estes princípios da arte surrealista vão estar diretamente ligados com estudos sociológicos, que juntos pretendem compor esta nova forma de compreender o social. Ainda, estas teorizações do movimento artístico vão ser importantes na leitura da obra de Magritte, para que se possa entender a fundo as intenções provocativas da pintura.

Na obra *Isso não é um cachimbo*, se com clareza o primeiro aspecto da beleza compulsiva, tomado pela dimensão do escrito em contradição com o desenho, na busca por uma compreensão que vá além da lógica binária do que é ou não é; do que existe ou não existe; do verdadeiro e falso. Lógica esta que ajuda a compor o humor negro, no sentido de buscar desconstruir as divisões morais estabelecidas na sociedade até então.

O amor louco fica explícito na escolha do objeto a ser retratado. Em épocas onde a sexualidade era denunciada pela psicanálise, como parte estruturante fundamental do ser humano, o cachimbo era usado por Freud na interpretação de sonos, em que aparecia como objeto fálico, para além de um cachimbo. Assim, o "isso não é um cachimbo" também pode ser "isso é um objeto fálico de desejo sexual".

Por fim, o acaso objetivo é a função que a arte vai passar a ocupar: para além da arte por si mesma, na proposta de uma produção de sentidos e significados na vida cotidiana. A arte, nesta nova compreensão, vai representar sentimentos para além da estética moderna e levar em consideração o inconsciente dos sujeitos tocados pela manifestação artística. A arte, assim, é o caminho para a identificação e manifestação das subjetividades, já que o sujeito, tanto quanto a arte, não estão dados, mas o outro tem que buscá-lo dentro de si.

1.1 *Isso não é um cachimbo*

Foucault analisa a obra de Magritte distinguindo as duas funções da tela: uma do desenho e a outra da linguagem. Não há dúvida de que o que está

desenhado é um cachimbo, embora não ele próprio um cachimbo, trata-se apenas de um desenho. É aqui que Magritte busca definir através da linguagem que “isso não é um cachimbo”.

Utiliza-se da linguagem já que este “velho hábito não é desprovido de fundamento: pois toda a função de um desenho tão esquemático, tão escolar, quanto este é a de se fazer reconhecer, de deixar aparecer, sem equívoco nem hesitação, aquilo que ele representa”. (FOUCAULT, 1989, p. 20).

Podemos pensar, dentro do entendimento de Foucault sobre o sujeito, que a linguagem, assim como na obra de Magritte, denuncia os sujeitos em si mesmos, por meio da identificação das relações de poder, portanto, mediante as relações sociais. Um sujeito isolado e sem estar mergulhado nas relações de poder que a sociedade lhe impõe, só pode ser tão irreal quanto a tentativa do desenho de Magritte ser, efetivamente, um cachimbo.

Olhando para o desenho do cachimbo, talvez, qualquer pessoa pense automaticamente: trata-se de um cachimbo. Só quando for ler o título que lhe foi concebido é que poderá chegar a conclusão de que trata-se de um desenho de um cachimbo. Quanto ao sujeito, da mesma maneira, pensando nas instituições tanto retratadas por Foucault, como produtora do poder escancarado da sociedade, uma pessoa pode entrar numa fábrica e pensar: ali existem sujeitos. Depois, pensando no sujeito como alguém livre para pensar e agir, as normas institucionais podem fazer com que este sujeito pensante simplesmente desapareça em meio ao poder da fábrica.

Para Foucault, todas as instituições “tem por finalidade não excluir, mas, ao contrário, fixar os indivíduos. A fábrica não exclui os indivíduos: liga-os a um aparelho de produção”. (2003, p. 114). O que de alguma forma é fazer com que os indivíduos passem a viver sobre as normas e regras da instituição, pouco importando quem eles realmente são. As empresas procuram indivíduos corretos para as vagas já determinadas nas empresas e não o contrário.

O autor ainda trata da “inclusão por exclusão”, que tem, como finalidade primeira,

> [...] fixar os indivíduos em um aparelho de normatização dos homens. A fábrica, a escola, a prisão ou os hospitais têm por objetivo ligar o indivíduo a um processo de produção, de formação ou de correção dos produtores. Trata-se de garantir a produção ou os produtores em função de determinada norma. (FOUCAULT, 2003, p. 114).

Em virtude disso, as empresas criam estratégias de manter cada vez mais o funcionário como dependente da empresa onde trabalha. Assim, quanto mais ele tiver a sua liberdade saqueada, mais também deverá moldar-se àquilo que a empresa espera dele; menos sobrará da sua autonomia de sujeito. "O corpo e o tempo dos homens se tornam tempo de trabalho e força de trabalho e podem ser efetivamente utilizados para se transformar e sobre-lucro, mas para haver sobre lucro é preciso haver sub-poder". (FOUCAULT, 2003, p. 125).

Essa relação do funcionário com a fábrica, que vêm como uma proposta a beneficiar o trabalhador, já que ele ganha seu sustento daí, prendê-o ainda mais nos moldes da empresa. Essa relação de poder e contradição de uma instituição pode ser relacionada com a análise da obra de arte feita por Foucault, quanto ao caligrama.

Na obra de Magritte, o autor supôs que, antes da obra aparecer como tal, há uma intenção de "prender as coisas na armadilha de uma dupla grafia" (FOUCAULT, 1989, p. 22), por isso a utilização de um caligrama.

> Um caligrama serve-se da possibilidade de dizer duas coisas com palavras diferentes; usufruir da sobrecarga de riqueza que permite dizer duas coisas diferentes com uma única e mesma palavra; a essência da retórica está na alegoria. [...] Assim, o caligrama permite apagar ludicamente as mais velhas oposições da nossa civilização alfabética: mostrar e nomear; figurar e dizer; reproduzir e articular; imitar e significar; olhar e ler. (FOUCAULT, 1989, p. 23, grifo nosso).

A partir desta citação, destacamos dois pontos importantes de análise. O primeiro é o da possibilidade de as coisas serem ditas de forma diferente e, por isso, a identificação de muitas das relações mascaradas de poder da sociedade. Na obra de Magritte, por exemplo, o que conta é o que está escrito, acima do desenho, muito embora as duas formas de comunicação, à primeira impressão, possam ser contraditórias.

Voltando para o nosso exemplo da empresa, muitas das instituições que incentivam o trabalhador, financeiramente, a participar de treinamentos, podem estar se contradizendo na medida em que o treinamento lhes é mais favorável do que o interesse do funcionário, que se normatiza ainda mais ao ideal da empresa.

Outro ponto que destacamos é a referência da quebra de uma dualidade, através da intenção do quadro. Será que a utilização pela arte de Magritte, de uma forma de caligrama, também pode ser entendida como a necessidade da relativização dos conceitos binários? Pensando nos princípios já relatados sobre o movimento surrealista, é possível que esta obra esteja tendenciosamente querendo reproduzir artisticamente o conceito do humor negro, por exemplo, que propõe uma relativização dos ideais morais da sociedade.

Para o autor, "[...] a forma visível é cavada pela escrita, arada pelas palavras que agem sobre ela do interior e, conjurando a presença imóvel, ambígua, sem nome, fazer emergir a rede de significações que batizam, a determinam, a fixam no universo dos discursos". (FOUCAULT, 1989, p. 23).

Este jogo de significações possibilitado pela linguagem é o que vai ser responsável pelas representações. Estas representações, verbais ou visuais, tanto quanto a lógica das relações de poder, são sempre de uma ordem hierarquizada, "indo da forma ao discurso ou do discurso à forma". (FOUCAULT, 1989, p. 40).

2 O sujeito e o poder

Para Foucault, o poder certamente ocupa um lugar central na sua teoria, o que permeia todo tipo de relação. De todo modo, há instâncias definidas por Foucault como modos de objetivação que transformam os seres humanos em sujeitos.

Didaticamente, o autor define três modos de subjetivação do ser humano na cultura, que á o sujeito falante na *grammaire générale*, a filosofia e a linguística; o sujeito que se encontra dividido no seu interior ou dividido nos outros; e o modo como um ser humano se converte a si mesmo ou a si mesma em sujeito – elegendo o domínio da sexualidade. (FOUCAULT, 1988, p. 3).

Assim, a ideia de um sujeito para Foucault é de alguém que, enquanto "está inmerso en relaciones de produccíon y de significación, también se encuentra inmerso en relaciones de poder muy complejas". (FOUCAULT, 1988, p. 3). Ora, se o sujeito está sempre, necessariamente, vivendo socialmente, muito enquanto um sujeito da linguagem, e se está mergulhado permanentemente nas relações de poder, este sujeito, em si, não existe?

Bruni (1989), em um estudo sobre o “Silêncio dos sujeitos”, baseado na obra de Foucault, faz referencia à polêmica desencadeada pelo autor, ao anunciar, em *As palavras e as coisas* (1966), a “morte do Homem”. Para Bruni, Foucault compreende o homem como

> [...] apenas uma figura do saber contemporâneo, efeito produzido pelas novas estruturas da *epistemé* surgida no fim do século XVIII, presentes na Filologia, na Biologia e na Economia. Essas novas ciências, ao romperem com a forma clássica do modo de ser do saber — a representação —, colocam no seu lugar o Homem, pensado como origem, sujeito e ser da linguagem, da vida e do trabalho. (Bruni, 1989, p. 1).

Assim, a morte do sujeito é entendida como uma condição da retomada do pensar e do saber, que possa ser constituinte de uma nova identidade do sujeito, através da alteridade e, portanto, das relações sociais. No entanto, estas relações são relações de poder complexas e que precisam ser entendidas, para que se possa absorver e dimensão da produção das representações.

2.1 As relações de poder

Primeiramente, para compreender o sujeito que supostamente não existe, vamos percorrer as considerações feitas por Foucault sobre o poder e as relações de poder. Para ele,

> [...] no existe algo llamado el Poder, o el poder, que existiría universalmente, em forma masiva o difusa, concentrado o distribuído. Solo existe el poder que ejercem “unos” soubre “otros”. El poder solo existe en acto aunque, desde luego, se inscribe en un campo de posibilidades dispersas, apoyándose sobre estructuras permanentes. (Foucault, 1988, p. 14).

Ou seja, o poder pelo poder em si não existe. O poder vai se manifestar através das relações sociais. Para o autor, as formas de poder que se estabelecem na vida cotidiana, através das relações entre os indivíduos, os classificam em categorias, os designam por sua própria individualidade, os atam em sua própria identidade; impõem-lhes uma lei de verdade que deve reconhecer e que os outros devem reconhecer neles.

Esse poder determina novas e impostaa formas de os indivíduos serem socialmente. Esta é a forma de poder que transforma os indivíduos em sujeitos,

no sentido de serem assujeitados pelas normas e regras importas pela hierarquia das relações de poder. (FOUCAULT, 1988).

As relações de poder nunca se dão pelo consenso, e o que define uma relação de poder é o modo de ação que não atua de maneira direta e imediata sobre os outros, mas que atua sobre suas ações: uma ação sobre a ação, sobre ações eventuais ou atuais, presentes ou futuras. (FOUCAULT, 1988). Assim, as relações vão acontecer o tempo todo, sobre amplas e complexas formas de produção de novas subjetividades.

Ainda, o poder se exerce unicamente sobre "sujeitos livres" e só na medida em que são livres. As relações de poder pressupõem a liberdade do sujeito para que possam existir, porém apenas no momento em que a liberdade desaparece é que se vai exercer o poder. (FOUCAULT, 1988). Esse jogo da liberdade é o que vai ser condição para a existência do poder. Portanto, o poder e a rebeldia da liberdade não podem separar-se. Neste jogo contraditório é que a manifestação do poder, ao mesmo tempo, vai ser a possibilidade da manifestação da luta contra o poder.

Relacionada com a arte de Magritte, a posição contraditória da obra também é o que possibilita a criação. Ao mesmo tempo em que o desenho retrata um cachimbo, o texto diz que não é. E é neste jogo contraditório que o movimento de luta vai poder acontecer. Através do dissenso é que vai ser possível produzir o sujeito, que até então não existe, pelo menos não fora deste jogo das relações sociais de poder.

> Las relaciones de poder se encuentran profundamente arraigadas en el nexo social, y no constituyen "por encima" dela sociedad una estructura suplementar com cuya desaparicíon radical quizá se pudiera soñar. En todo caso, vivir en una sociedad es vivir de modo tal que es posible que unos actúen sobre la acción de los otros. Una sociedad "sin relaciones de poder" solo puede ser una abstración. (FOUCAULT, 1988, p. 17, grifo nosso).

As relações de poder, desta forma, vão compor o sujeito socialmente numa "sociedade disciplinar". O sujeito, da modernidade, deixa de existir em si, deixa de ser o centro das atenções para ser constituído socialmente, imerso nas relações de poder. Foucault refere-se à sociedade contemporânea como uma sociedade disciplinar e questiona-se sobre

> [...] quais são as formas de práticas penais que caracterizam essa sociedade; quais as relações de poder subjacente a essas práticas penais; quais as formas de saber, os tipos de conhecimento, os tipos de sujeito de conhecimento que emergem, que aparecem a partir e no espaço desta sociedade disciplinar que é a sociedade contemporânea. (FOUCAULT, 2003, p. 79).

Este conceito de sociedade disciplinar é fundamental para poder pensar essa "morte do sujeito", que desaparece entre as complexas relações de poder na sociedade.

A mais significativa transformação da sociedade penal para a sociedade disciplinar, segundo Foucault, é a criação da vigilância individualizada. (FOUCAULT, 2003, p. 79). Para descrevê-la, o autor usa como exemplo um projeto arquitetônico que é

> [...] um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro. O anel se dividia em pequenas celas que davam tanto para o interior quanto para o exterior. Em cada uma dessas pequenas celas, havia segundo o objetivo da instituição, uma criança aprendendo a escrever, um operário trabalhando, um prisioneiro se corrigindo, um louco atualizando sua loucura, etc. na torre central havia um vigilante. Como cada cela dava ao mesmo tempo para o interior e para o exterior, o olhar do vigilante podia atravessar toda a cela; não havia nela nenhum ponto de sombra e, por conseguinte, tudo o que fazia o indivíduo estava exposto ao olhar de um vigilante que observava através de venezianas, de postigos semi-cerrados de modo a poder ver sem que ninguém ao contrário pudesse vê-lo. (FOUCAULT, 2003, p. 87).

Este modelo da arquitetura se transforma num conceito importante para Foucault, especialmente pela força de transformação dos indivíduos. No *panotismo*

> [...] a vigilância sobre os indivíduos se exerce ao nível não do que se faz, mas do que se é; não do que se faz, mas do que se pode fazer. Nele a vigilância tende, cada vez mais, a individualizar o autor do ato, deixando de considerar a natureza jurídica, a qualificação do próprio ato. (FOUCAULT, 2003, p. 104).

Neste modelo de disciplinamento, podemos pensar o sujeito que não existe em si, mas que se constitui a partir das relações sociais, hierarquizadas e de poder. Para Foucault, esta é a base do poder que produz "um saber de vigilância, de exame, organizado em torno da norma pelo controle dos indivíduos ao longo da sua existência". (FOUCAULT, 2003, p. 88).

Desta forma, o poder disciplinar

> [...] se exerce tornando-se invisível: em compensação impõe aos que submete um princípio de visibilidade obrigatória. Na disciplina, são os súditos que têm que ser vistos. Sua iluminação assegura a garra do poder que se exerce sobre eles. É o fato de ser visto sem cessar, de sempre poder ser visto, que mantém sujeitado o indivíduo disciplinar. (FOUCAULT, 1984, p. 167).

Esse disciplinamento, de fato, é inegável em quase todas as instâncias da sociedade contemporânea, fazendo com que o sujeito desapareça em meio às relações de poder que são capazes de controlar o comportamento dos indivíduos, a fim de assegurar uma ordem social. Mas então, não existirá uma saída para o sujeito pensado por Foucault?

2.2 O enfrentamento do poder

"En lugar de analizar el poder desde el punto de vista de su racionalidad interna, se trata de analizar las relaciones de poder a través del enfrentamiento de las estratégias". (FOUCAULT, 1988, p. 5). Assim, é no enfrentamento do poder, da luta, justamente onde moram as manifestações mais inerentes ao próprio desejo do sujeito.

A luta contra este poder, contudo, está acima de ser apenas uma luta contra a autoridade. Para Foucault (1988), o objetivo destas lutas são os efeitos de poder como tal; já que questionam o *status* do indivíduo e lutam contra os privilégios do saber: o modo como circula e funciona o saber, suas relações com o poder. Ainda, estas lutas se movem em torno da questão "quem somos?", mostrando a condição de transformação do sujeito, nas suas formas de sujeição, ao sujeito desejante e manifestante das suas próprias idealizações.

A política, assim, da mesma forma é entendida como uma possibilidade de criação que surge dos movimentos de grupos sociais, e não das bases governantes, num momento justamente de revolta e crise. Assim, o poder pode ser entendido como algo relativizado e que, portanto, existe em três qualidades distintas: sua origem, sua natureza básica e suas manifestações. (FOUCAULT, 1988).

Por isso, as estruturas de poder ganham certo tipo de mobilidade, proporcionando às coisas a capacidade de modificá-las, utilizá-las, consumi-las

ou destruí-las. (FOUCAULT, 1988). Este poder, o de transformação, surge de uma atitude, de uma ação que pode ganhar força coletiva e ser provocador de grandes mudanças sociais, como já narradas pela História, em que a luta se posiciona contra o poder vigente e opressor.

Ainda, este tipo de fenômeno, por mais que seja de ordem social, vai ser fator componente da singularidade dos sujeitos envolvidos, garantindo a condição, em alguma ordem, à liberdade dos sujeitos diante do Estado.

> Podemos decir que todo tipo de sujeción consiste en fenómenos derivados, que son meras consecuencias de otros procesos económico-sociales: las fuerzas de producción, la lucha de clases y las estructuras ideológicas que determinan la forma de la subjetividad. (FOUCAULT, 1988, p. 8, grifo nosso).

Estas lutas vão se dar contra uma estratégia de poder, que são meios estabelecidos para manter os dispositivos de poder vigentes. Esta é a intenção de preservar os fenômenos fundamentais da dominação que é

> […] una estructura global de poder cuyas ramificaciones y consecuencias pueden encontrarse a veces hasta en la trama maás tenue da sociedade: pero es al mismo tiempo una situacion estratégica más o menos adquirida y solidificada en un enfrentamiento de largo alcance histórico entre adversários. (FOUCAULT, 1988, p. 20).

Desta forma, o mesmo poder que causa a dominação é o poder que vai provocar o enfrentamento desta relação.

3 Arte e representação

Buscamos relacionar um estudo da arte para falar do sujeito em Foucault, justamente pela dimensão de compreender as representações, que, através da linguagem da arte, consegue ganhar mais amplitude. Além disso, a obra de Magritte representa, de alguma forma, o desequilíbrio, já que

> [...] se a análise das representações, da linguagem, das ordens naturais e das riquezas são perfeitamente coerentes e homogêneas entre si, existe, todavia, um desequilíbrio profundo. É que a representação comanda o modo de ser da linguagem, dos indivíduos, da natureza e da própria necessidade. A análise das representações tem, portanto, valor determinante para todos os domínios empíricos. (FOUCAULT, 1990, p. 223).

Assim, entendemos que o desequilíbrio acontece na ordem da identificação social, das relações que envolvem o poder e a linguagem, num espaço fundamental para o entendimento tanto do coletivo como das individualidades.

Este tempo de desequilíbrio também pode ser entendido como o do poder de estranhamento da palavra e o recurso de contestação, que abre "o espaço de um saber onde, por uma ruptura essencial no mundo ocidental, a questão não será mais a das similitudes, mas a das identidades e das diferenças". (FOUCAULT, 1990, p. 65). Assim, com a quebra da ordem daquilo que é imposto para a entrada de uma diferenciação, que a criação de uma nova representação daquilo que era dado se torna possível.

A arte costumeiramente cria estes espaços de estranhamento, fazendo com que tenhamos que pensar – criar – possibilidades de representação outras que se distanciem daquilo que costuma ser entendido. Magritte faz esta passagem com excelência na obra que referimos neste artigo, já que nos dá muitas atribuições de conceber um cachimbo, diferente do que se poderia pensar até então. De quebra, levamos esta mesma forma de raciocínio, relativizado e que questiona o conhecimento dado, para outras instâncias, como o sujeito em si.

Mas Foucault faz uma observação sobre os limites da representação, a fim de tentar entender

> [...] como ocorre que o pensamento se desprenda daquelas plagas que habitava outrora – a gramática geral, a história natural, riquezas – e deixar oscilar no erro, na quimera, no não-saber aquilo que, menos de 20 anos antes, estava estabelecido e afirmado no espaço luminoso do conhecimento? (FOUCAULT, 1990, p. 231).

Como se faz para desconstruir algo que está dado, possibilitando a criação de outra representação? Foucault entende que elementos representativos funcionam na relação de uns contra os outros, num duplo papel de designação e articulação. Assim

> [...] se vê surgir, como princípios organizadores deste espaço de empiricidade, a Analogia e a Sucessão: de uma organização a outra, o liame, com efeito, não pode mais ser a identidade de um ou vários elementos, mas a identidade da relação entre os elementos (onde a visibilidade não tem mais papel) e da função que se asseguram; ademais, se porventura essas

> organizações se avizinham por efeito de uma densidade singularmente grande e de analogias, não é porque ocupem localizações próximas num espaço de classificação, mas sim porque foram formadas uma ao mesmo tempo que a outra e uma logo após a outra no devir das sucessões. (FOUCAULT, 1990, p. 232, grifo nosso).

Por isso, o principal limite da representação é o de capturá-la em si, por ser algo tão situacional e abstrato, que pode levar à criação de qualquer coisa, sem ter, inclusive, um limite. Assim, a compreensão das representações para Foucault ficam próximas ao entendimento da arte: trata-se da impossibilidade de representar a dimensão das relações, inclusive, pela linguagem, já que escapa de toda e qualquer formalização.

4 A arte de criar

> Não há jornais: e além disso, ninguém sabe ler. Tampouco há rádios; e, de qualquer maneira, as rádios falam a língua dos conquistadores. Como fazem as pequenas aldeias para ficar sabendo o que ocorre na comunidade? Cada aldeia envia dois ou três atores a percorrer a comarca: eles representam as notícias e atuam os problemas. (Eduardo Galeano).

O que há de próprio nos sujeitos é a possibilidade de criar novas realidades e formas de viver. Essa é a manifestação criadora; no entanto, só se viabiliza num momento de conflito – de relações – e, assim, de desequilíbrio, já que a própria desestabilidade é a propulsora da invenção de novas e complexas configurações.

"Foram-se dando historicamente, mil formas de sujeição: os homens são, antes de mais nada, objetos de poder, ciência, instituições" (BRUNI, 1989, p. 1), muito embora esta mesma História não tenha se cansado do retratar movimentos sociais complexos, que põem em prova o poder de libertação do sujeito, a partir da sua própria ação, na capacidade de provocar as relações conflituosas. Ou seja, o mesmo poder que limita é o poder que cria, num jogo de múltiplas relações.

Quanto à arte, ela é em si mesma uma importante ferramenta de desconstrução e, portanto, criação. A arte nos ensina a pensar o mundo de forma diferente, a refazer e desfazer aquilo que está normalizado ou naturalizado. A arte tem a capacidade de representar mundos distintos por

relacionar uma disparidade de elementos na produção de sentimentos, emoções e, assim, subjetividades.

Referências

BRUNI, José Carlos. Foucault: the silence of subjects. Tempo Social; Rev. Sociol, USP, São Paulo, 1989.

FERRARAZ, Rogério. As marcas surrealistas no cinema de David Lynch. *Revista olhar*, ano 3, n. 5-6, jan./dez. 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1984.

______. El sujeto y el poder. *Revista Mexicana de Sociologia*, UNAM, México, año L, n. 3, 1988.

______. *Isso não é um cachimbo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

______. *As palavras e as coisas.* 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

______. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

9
Gadamer: hermenêutica, preconceitos e direito

Karinne Emanoela Goettems dos Santos*
Keberson Bresolin**

Introdução

É pretensão ingênua imaginar que podemos nos elevar acima de nossa bagagem histórica. Muitas são as pretensões de anulação da subjetividade histórica do intérprete para alcançar uma objetividade comprovável. O movimento do Iluminismo é exemplo disto. Apenas aquilo que passa pelo crivo da razão é válido. E o que é pior, o único pressuposto assumido pelo sujeito, neste movimento, é a própria *razão*. Todo pressuposto, fora disso, é tido como não esclarecido e não capacitado de fundamentação.

Entretanto, mesmo antes disso, vemos em Bacon, na eliminação dos "ídolos", uma tentativa de "varrer" a subjetividade de qualquer empecilho que a estorva para conhecer o certo e verdadeiro. Há, portanto, uma tentativa de eliminar qualquer tipo de influência externa ao sujeito. Adota-se, para isso, uma perspectiva metódica que garanta duas coisas: i) a anulação da subjetividade histórica do conhecedor; ii) um caminho (método) que garante a verificabilidade do objeto em questão.

Desde Bacon, portanto, vemos que ciência é sinônimo de método, e verdade é igual a certeza. Esta certeza das ciências torna-se susceptível de repetição, garantindo a intersubjetividade dos resultados. Aqui, como falamos, verdade é certeza, se não for conhecimento certo, comprovado, é descartável. Mas, como serão vistos os fatos históricos? Terão eles algum valor para este pensamento? O Iluminismo nega a historicidade. Ela representa um percalço para o sujeito conhecedor, uma vez que caracteriza os próprios preconceitos deste. Para Gadamer, no Iluminismo o sujeito é desprendido de sua temporalidade existencial para analisar/comprovar apenas com sua razão "esclarecida", livre de qualquer preconceito ou autoridade. Será realmente possível um anulamento dos preconceitos, para realizar uma análise imparcial?

* Professora Doutora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas.
** Professor Doutor da Faculdade de Filosofia da Universidade Federal de Pelotas.

Isso não é possível, no entender de Gadamer. Somos desde sempre seres temporais, inseridos, num dado momento histórico, com características próprias. Somos seres factíveis, marcados pela temporalidade do mundo. Esse mundo constitui o horizonte de nosso processo de compreensão. Daí pode-se dizer que a hermenêutica de Gadamer é uma hermenêutica da facticidade. Nosso autor não tenta elevar o intérprete ao autoanulamento, ao contrário, parte da própria experiência concreta do homem e de sua finitude. Entretanto, estes fatos históricos inseridos em nós [preconceitos], por um lado, limitam toda compreensão, mas, por outro lado, explicitados, analisados e interpretados tornam-se a “mola-propulsora” da compreensão.

Por conseguinte, a situação hermenêutica exige uma compreensão da situação do *Dasein* em sua perspectiva de finito e histórico. Por fim, a hermenêutica de Gadamer foge de qualquer perspectiva metodológica de apreensão da verdade. Ele não quer apresentar uma *técnica para compreensão* (como ele próprio afirma na introdução de *Verdade e método,* contrapondo-se à hermenêutica de E. Betti), mas parte da radical finitude do homem para daí encontrar o verdadeiro sentido.

1 Sobre o título da obra de Gadamer: *verdade* e *método* (*wahrheit und methode*)

Neste primeiro item, pretendemos mostrar que o título da monumental obra de Gadamer é, em última análise, o resumo da mesma. Palmer (1969, p. 168) acredita que Gadamer é irônico no título de sua obra: “O título do livro é irônico: o método não é o caminho para a verdade. Pelo contrário zomba do homem metódico”. Não pensamos que Gadamer zomba do procedimento metódico, mas que está insatisfeito com a solução alcançada por ele. Nosso autor olha para a tradição e vê nela, principalmente a partir de Bacon,[1] que toda a verdade está ligada ao método dedutivo ou ao método indutivo. Gadamer crê que a verdade não pode ser reduzida a um procedimento. Ele afirma que o conceito de verdade reduziu-se ao conceito de certeza, ou seja, a certeza de um

[1] Desde “Bacon que a objetividade da ciência se baseia na possibilidade de uma experiência constante, isto é, suscetível de repetição, que garante a intersubjetividade dos resultados. Esta abordagem destina-se a eliminar todos os elementos históricos, conforme sucede com o modo experimental na ciência natural”. (BLEICHER, 1992, p. 159).

procedimento que pode ser realizado por qualquer um, em qualquer lugar que obterá os mesmos resultados, isto é, a intersubjetividade dos resultados. Ora, isso é uma uniformização da verdade. Logo, "a verdade (*veritas*) só se dá pela possibilidade de verificação, então o parâmetro que mede o conhecimento não é mais sua verdade, mas sua certeza". (GADAMER, 2005, p.61-2, v.2).

A proposta de nosso autor é demonstrar que a *ciência*[2] apenas admite como "satisfação de verdade aquilo que satisfaz o ideal de certeza". (GADAMER, 2005, p.62, v.2). No entanto, existem âmbitos aos quais a ciência não consegue mensurar ou aplicar um método. A própria divisão da obra *Verdade e método* está proposta em três partes/âmbitos que a ciência não abarca e, não é por este fato, que deixam de ser verdade. São elas a verdade da *arte*, a verdade da *história* e a verdade da *linguagem*. Segundo Stein, isto soa como um "tipo de verdade à qual temos acesso por caminhos totalmente diferentes dos que estão estabelecidos pelo conhecimento científico em geral". (STEIN, 2004, p. 47).

A hermenêutica filosófica vai ao encontro destas verdades, não com um método implacável nas mãos, mas com a própria facticidade humana, como condição de toda a compreensão, ou seja, "estamos sempre presos nos limites de nossa situação hermenêutica". (GADAMER, 2005, p. 65, v.2). Por outro lado, a ciência, com sua bandeira de verificabilidade e certeza hasteada, ignora tais verdades, pois não podem ser submetidas ao método, uma vez que vão além deste. Logo a ciência trabalha com o conceito de verdade reduzido à certeza, o que nos remete, consequentemente, à *verificabilidade*[3] intersubjetiva. Contrapondo-se à ciência, afirma Gadamer:

---

[2] Quando utilizamos o conceito *ciência* ou *as ciências* não apenas fazemos referência à positividade das *Naturwissenschaften*, mas também à *pretensão metodológica* das assim chamadas *Geistwissenschaften.*

[3] Diferente desta concepção, afirma Stein que "a hermenêutica é esta incômoda verdade que se assenta entre duas cadeiras, quer dizer, não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta – é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. É por isso que a hermenêutica é, de alguma maneira, a consagração da finitude e esse é o ponto importante. Em geral, diz-se que é racional a verdade que se pode provar através de um fundamento último, absoluto. Basta dizer que o empírico é o racional, porque concorda com os objetos e que o absoluto é racional, então as proposições são racionais. Estabelecer racionalidade de uma verdade e de um discurso que não pode ser provado nem empiricamente, nem através de um fundamento último, essa é a tarefa da hermenêutica". (STEIN, 2004, p.48).

> Sempre podemos esperar que outra pessoa veja o que consideramos como verdadeiro, mesmo que não o possamos demonstrar. E nem sempre podemos considerar a via da demonstração como via correta para fazer com que outra pessoa veja o verdadeiro. Estamos sempre de novo ultrapassando os limites da objetivação, onde se prende o enunciado que segue sua forma lógica. (GADAMER, 2005, p. 63, v. 2).

A verdade não pode ser reduzida apenas ao que é certo, pois algo se dá alheio ao método. A verdade, na concepção de Gadamer, pode, sem dúvida, ser aproximada ao conceito de verdade heideggeriano. Analisemos, pois, em poucas linha, o que Heidegger entende por verdade. Para esse autor, a verdade é *Aletheia*, o que nos remete à concepção de verdade dos gregos, isto é, uma abordagem da verdade que ultrapassa os limites da dualidade mediada (Sujeito-método-Objeto). Verdade, portanto, é desvelamento/revelação. Diz Heidegger que esta "definição de verdade não é uma rejeição da verdade concebida pela tradição, mas a verdade em sua apropriação originária". (HEIDEGGER, 1998, p. 240).

Logo, constatamos que ser descobridor é uma forma de ser do *Dasein*, de modo que "os fundamentos ontológicos – existenciais do descobrir mesmo põem pela primeira vez, diante da vista o fenômeno mais originário da verdade". (HEIDEGGER, 1998, p. 63).[4] Por conseguinte, é a abertura do homem enquanto finito e histórico que possibilita o encontro com a verdade mais originária. Não se trata de um método inquisidor, mas, antes, um desvelamento das coisas mesmas.

Assim, a historicidade, para Oliveira, não é "simplesmente a determinação dos limites da razão e de sua pretensão de atingir uma verdade absoluta, mas é, muito mais, a condição positiva para o conhecimento da verdade". (OLIVEIRA, 2001, p. 233). Agora fica claro, pois, que a historicidade do homem o acompanha/determina, e sua abertura ao todo proporciona o aparecimento da verdade mais original.

---

[4] Continua Heidegger: "Descobrir é uma forma de ser do estar-no-mundo. A ocupação circunspectiva é a que se faz simplesmente observando, descobrem os entes intra-mundamos. Estes chegam a ser descobertos. São verdadeiros em um segundo sentido. Primeiramente 'verdadeiro', é dizer, *descobridor*, é o Dasein. Verdade em sentido derivado, não quer dizer ser descobridor, mas ser descoberto". (HEIDEGGER, 1998, p.241).

> O que entendemos por verdade – revelação, desocultação das coisas – tem, portanto, sua própria temporalidade e historicidade. Em todos nossos esforços para alcançar a verdade, descobrimos admirados que não podemos dizer a verdade sem interpretação e sem resposta e assim sem o caráter comum do consenso obtido. (GADAMER, 2005, p. 71, v. 2).[5]

Portanto, concordamos com Stein na leitura do título da obra de Gadamer, ou seja, "ficamos duvidando se é *verdade e método*, *verdade ou método* ou *verdade contra o método*. Em geral leio o título como *verdade contra o método*" (STEIN, 2004, p .47). Isso devido às verdades que passam paralelas a concepção metodológica, mas que não deixam de ser verdades. A hermenêutica filosófica de Gadamer trata do acontecer da verdade na compreensão que desde sempre implica um sentido para o compreendedor.

2 A *Aufklärung*[6] e a negação dos preconceitos

Gadamer enfatiza que a pretensão iluminista é levar em consideração apenas a razão em-si e por-si-mesma. Por consequência, é necessário que todos os *preconceitos*[7] sejam arrebatados do sujeito pensante para que este tenha um conhecimento certo. Seja "como for, a tendência geral da *Aufklärung* é não deixar valer autoridade alguma e decidir tudo diante do tribunal da razão". (GADAMER, 2005, p. 362, v.1). Nosso autor afirma que a máxima de Kant, "tem

[5] Assim, segundo Stein, "*Verdade* e *método* fala-nos de um acontecer da verdade no qual já sempre estamos embarcados pela tradição. Gadamer vê a possibilidade de explicar fenomenologicamente esse acontecer em três esferas da tradição: o acontecer da obra de arte, o acontecer na história e o acontecer na linguagem. A hermenêutica que cuida dessa verdade não se submete às regras das ciências humanas, por isso ela é chamada de hermenêutica filosófica". (STEIN, 2002, p. 99).

[6] Segundo nosso autor, existiram dois momentos da *Aufklärung*, ou seja, o primeiro com a filosofia grega e o segundo com a filosofia moderna. Entretanto, trataremos apenas do segundo, uma vez que é próprio deste a condenação dos preconceitos. É importante dizer que traduziremos *Aufklärung* por Iluminismo; entretanto, utilizaremos os dois termos durante o texto.

[7] Seguimos aqui a tradução proposta pelo tradutor, ou seja, *Vorurteil* como preconceito, mas também se poderia traduzir por juízo prévio (*Vor-Urteil*), sem comprometer a compreensão. Coreth não adota a palavra preconceito, nem prejuízo, mas pré-compreensão, uma vez que pela "palavra prejuízo ou preconceito entendemos um juízo ou conceito pré-concebido, já fixado de antemão e que, como tal, é fechado em si, não permitindo ao olhar dirigir-se à coisa, mas desfigurando-a". (CORETH, 1973, p. 87). Entretanto, como já anunciamos acima, utilizaremos o conceito de preconceito, pois, no sentido empregado por Gadamer, não há qualquer pretensão de tomar os preconceitos como verdades de antemão inquestionáveis.

coragem de te servires do teu próprio entendimento” (KANT, 1995, p.11), resume o espírito da *Aufklärung.* A razão subjetivista, por conseguinte, torna-se o critério de medida, ou seja, ela dita se algo é verdadeiro ou falso, se tem valor ou não. Logo, “a fonte última de toda autoridade já não é a tradição, mas a razão”. (GADAMER, 2005, p. 363, v. 1).[8]

Portanto, o ideal da *Aufklärung* é livrar os homens dos grilhões da menoridade, onde não seriam livres. Entrar na maioridade, onde somente a razão governa soberana, é dever de todos os indivíduos. Logo, o que notamos no Iluminismo “é o preconceito contra o preconceito em geral e, com isso, a despotização da tradição”. (GADAMER, 2005, p. 360, v. 1). É apenas *a partir da Aufklärung* que o conceito de preconceito se tornou pejorativo.[9]

Segundo Gadamer, preconceito é apenas um juízo prévio que é formado antes da formulação definitiva, é uma pré-compreensão. O que o autor de *Verdade* e *método* observa é que há uma transposição de culpa, ou seja, o preconceito está para a *Aufklärung,* diretamente ligado à autoridade religiosa, remontando a um juízo *não* fundamentado na razão, mas que possui pretensão de verdade. Nas palavras de Gadamer:

> O termo alemão *Vorurteil* – assim como o termo francês *préjugé*, mas de modo mais pregnante – parece ter sido restringido, pela *Aufklärung* e sua crítica religiosa, ao significado de “juízo não fundamentado”. É só a fundamentação, a garantia do método (e não o encontro com a coisa como tal), que confere ao juízo sua dignidade. (GADAMER, 2005, p. 361, v. 1).

Vemos, portanto, que a crítica do Iluminismo está direcionada à tradição religiosa do Cristianismo e da Sagrada Escritura, mas, por consequência, nega toda e qualquer autoridade ou tradição. Para Gadamer, o fato diferencial da *Aufklärung* moderna “é que ela se impõe frente à Sagrada Escritura e sua

[8] Nesta mesma perspectiva, afirma Kronbauer que o “esclarecimento tendeu a eliminar as verdades por serem antigas ou atestadas pela autoridade, o que significa dizer que o critério da autoridade foi substituído pelo critério da razão”. (KRONBAUER, 2000, p. 154).

[9] Esta tese é comprovada na obra *a filosofia do Iluminismo* de E. Cassirer. Ali Cassirer faz uma análise dos diversos filósofos modernos e suas perspectivas, com relação aos preconceitos e à História. O “cartesianismo, com sua orientação estrita e exclusiva para o racional, manifesta-se estranho ao mundo histórico propriamente dito. Em suma, a dúvida cartesiana apenas comporta um caráter negativo a respeito da história: ela rechaça e recusa” (p. 272-273). E, segundo Montesquieu, “um historiador, no exercício de sua função é sem pai, sem mãe, sem genealogia”. (CASSIRER, 1994, p. 294).

interpretação dogmática". (GADAMER, 2005, p. 362, v. 1). A Sagrada Escritura, assim como qualquer outro texto ou informação histórica, não é autoridade e, consequentemente, não pode valer por si mesma. Antes, "a possibilidade de que a tradição seja verdade depende da credibilidade que a razão lhe concede. O que está escrito não precisa ser verdade: Nós podemos sabê-lo melhor" (GADAMER, 2005, p. 362, v. 1), diz o Iluminismo.

A preocupação da *Aufklärung* era, portanto, não aceitar nenhuma espécie de preconceito, ou verdade preestabelecida, dogmática. Mas, há outra preocupação para os iluministas, isto é, o estabelecimento de um método que possa garantir a verdade (=certeza) do objeto perscrutado. Método, etimologicamente falando, é caminho. Caminho que, uma vez comprovado, pode ser (re)feito por qualquer outro sujeito que obterá os mesmos resultados, independentemente das contingências existenciais. A intersubjetividade dos resultados é garantida.

Logo, o método é um instrumento, um procedimento do tipo técnico. Em última análise, método é um caminho "mecânico", que pode ser feito e refeito através do uso de regras estabelecidas. Deste modo, segundo a *Aufklärung*, é possível alcançar a certeza indubitável. Nesta perspectiva, diz Gadamer que "a certeza científica sempre tem uma feição cartesiana. É o resultado de uma metodologia crítica, que procura deixar valer somente o que for indubitável". (GADAMER, 2005, p. 32, v. 1).

Por conseguinte, "um uso metodológico e disciplinado da razão é suficiente para nos proteger de qualquer erro". (GADAMER, 2005, p. 368, v. 1). A relação entre razão e autoridade/tradição, no Iluminismo, é sinônimo de conflito, sendo que a primeira deve excluir a segunda. A razão deve *anular* todos os preconceitos, ou, como diz Oliveira, "um pré-conceito básico do Iluminismo é o de que a subjetividade do conhecimento só é alcançável pela superação da situacionalidade própria à subjetividade que compreende". (OLIVEIRA, 2001, p. 229). O sujeito da *Aufklärung* não é histórico, marcado profundamente pela sua historicidade. Antes, é a razão, senhora soberana, que dará valor ao sujeito e aquilo que ele conhece. O caráter de autoridade de algo é também dado por ela (razão), apenas o que é construído em seu íntimo, ou através do método, possui certeza incontestável. Consequentemente, a autoridade da tradição passa longe de receber o valor que lhe cabe.

É aqui que começa a empreitada de Gadamer, a saber: demonstrar que o ser, do eis-aí-ser, é uma mediação entre passado e presente se dirigindo ao futuro. A história, diz Gadamer, "é, realmente, uma fonte de verdade distinta da razão teórica". (GADAMER, 2005, p. 60, v. 1). É por este motivo que nosso autor eleva sua hermenêutica ao patamar *filosófico*, elaborando, por conseguinte, uma via alternativa para o autêntico encontro com a verdade. Há "uma hermenêutica porque o homem é hermenêutico, isto é, finito e histórico, e isso marca o todo da experiência de mundo". (OLIVEIRA, 2001, p. 225).

Neste sentido, Gadamer explora a distância temporal como algo que realça uma nova espécie de preconceito, na medida em que distingue os preconceitos que cegam (falsos preconceitos) dos preconceitos que esclarecem (verdadeiros preconceitos). Não se trata de uma distância a percorrer, mas de uma continuidade viva de elementos que se acumulam formando uma tradição, isto é, "uma luz à qual tudo o que trazemos conosco de passado, tudo o que nos é transmitido faz a sua aparição". (GADAMER, 2003, p. 67-68).

Assim, o sujeito da compreensão recebe o legado da tradição de maneira compulsória, pois não há possibilidade de a ela renunciar (STRECK, 2003, p. 2002), já que os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica do seu ser.

Desta forma, sabendo que não é a História que nos pertence, mas nós que pertencemos à História, é preciso uma reabilitação dos preconceitos que desde sempre nos determinam e, consequentemente, uma reabilitação da autoridade da tradição. Esta tradição, juntamente com o presente, abre o horizonte do futuro.

3 Preconceitos: elemento fundamental para a compreensão

3.1 O valor dos preconceitos

Vimos até o presente momento que "precisamos desligar as ciências humanas da dependência direta do ideal metodológico das ciências naturais para comprometê-las com um ideal diferente". (GADAMER, 1988, p. 166). A proposta da hermenêutica filosófica não garante a verificabilidade da verdade (certeza), assim como o metodologismo empregado pelas ciências. Ao contrário, partindo da historicidade do homem, de sua vivência, vai ao encontro da alteridade para

daí surgir a compreensão. Gadamer está preocupado com as possibilidades da compreensão e não com uma técnica de compreensão. Nosso autor não nega o trabalho e o sucesso que alcançou o procedimento metódico das ciências, antes, nota "que o espírito metodológico da ciência se impõe por toda a parte. Longe de mim negar o caráter imprescindível do trabalho metodológico dentro das assim chamadas ciências do espírito". (GADAMER, 2005, p. 15, v.1).[10]

Assim sendo, a hermenêutica de Gadamer é contra o método, mas não no sentido de anulá-lo, declarando-se absoluta, mas apenas um modo diferente, do encontro com a verdade, um encontro no sentido mais originário (sem método *mediando* sujeito-objeto). Logo, a hermenêutica filosófica não é um novo método, isto é, o que "temos não é uma diferença dos métodos, mas uma diferença dos objetivos do conhecimento". (GADAMER, 2005, p.15, v. 1).[11]

Segundo o autor de *Verdade e método,* "o que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além de nosso querer e fazer". (GADAMER, 2005, p. 14, v. 1). Estamos, desde já, lançados em um momento histórico e somos determinados pelos fatores de tal momento, isto é, pela educação, pela sociedade, pela política, pela religião, etc. Não compreendemos fora de nosso momento histórico, não nos transpomos acima da História para uma transparência; ao contrário, estamos com os "pés no chão"

---

[10] Nesta perspectiva nos esclarece Hermann afirmando que a hermenêutica de Gadamer "ressurge como hermenêutica moderna no contexto de luta contra a pretensão de haver um único caminho de acesso à verdade e quer demonstrar que não há mais condições de manter o monismo metodológico, uma forma exclusiva para determinar o espaço de produção do conhecimento". (HERMANN, 2004, p. 728).

[11] Neste ponto, nós podemos ver uma diferença fundamental entre Schleiermacher, Dilthey e Gadamer. A hermenêutica de Schleiermacher, também chamada de hermenêutica psicológica, tenta, através da compreensão, reconstruir o valor originário da obra. Reconstruindo o mundo a que pertence, reconstruindo a intenção do autor, executando a obra em seu sentido original, a protegeriam contra mal-entendidos. Dilthey, por sua vez, segue a hermenêutica romântica e toma o mundo espiritual como um texto a ser decifrado e compreendido em seu significado. Segundo Gadamer, "a *Auflkärung* consuma-se com o *Aufklärung* histórico" (Dilthey), pois "pressupõe que o objeto da compreensão é o texto a ser decifrado e compreendido *em seu* sentido". (GADAMER, 2005, p. 323, v.1). Gadamer, por outro lado, não tenta anular o intérprete, muito menos uma comunhão das almas com o autor, mas parte da facticidade do intérprete para o confronto com a coisa mesma. Partindo da pré-compreensão à compreensão, em que os preconceitos são ajustados, testados na coisa mesma, brotando daí um sentido comum. Esta é a boa circularidade à qual Gadamer faz referência. Circularidade não formal que não se fecha sobre si, mas permanece em constante fluxo, permitindo cada vez mais o encontro com a verdadeira compreensão. É um constante reprojetar para o intérprete.

e com a historicidade sobre os ombros. Disto resulta o seguinte: a própria razão não é mais senhora de si, mas repleta desta historicidade. Por conseguinte, "é só o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda a compreensão que pode levar o problema hermenêutico a sua real agudeza". (GADAMER, 2005, p. 14, v. 1). Para Gadamer, os preconceitos são fundamentais para a compreensão, pois eles formam a pré-compreensão do sentido da *obra*. Logo, os preconceitos são condições inevitáveis de um ser-no-mundo. (COSTA, 2004, p. 903). Ou, ainda, ser homem é estar submetido às contingências determinantes de sua vivência temporal.

Afirma-se, então, que sempre "partimos do fato de que uma situação hermenêutica está determinada pelos preconceitos que trazemos conosco". (GADAMER, 2005, p. 404, v. 1). A própria historicidade do intérprete é levada em consideração. Seus preconceitos se transformarão na pré-compreensão do sentido da obra em questão. Assim, segundo Oliveira (2001, p. 228), "compreendemos a partir de nossos pré-conceitos que gestaram na História e são agora 'condições transcendentais' de nossa compreensão". Por conseguinte, os preconceitos não são limitação do conhecimento humano, antes, "são mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser". (GADAMER, 2005, p. 368, v. 1). Portanto, para Gadamer, tradição e autoridade não precisam ser mais vistas como inimigas da razão, mas como algo que possibilita o encontro com a verdade.

Duas coisas fundamentais podem ser notadas até aqui: i) os limites de nosso compreender, isto é, sempre compreendemos a partir de nossos preconceitos. Segundo Palmer, "não pode haver qualquer interpretação sem pressupostos" (PALMER, 1969, p.186); ii) a tentativa da superação da filosofia da subjetividade. O ideal de transparência do sujeito, a tentativa de absolutização da reflexão, típica da filosofia moderna da consciência, são transpassados por esta real finitude do homem. Logo pertencemos à história e não ela a nós. A razão, agora, é marcada pela historicidade do eis-aí-ser.

Segundo Oliveira (2001, p. 231), a "hermenêutica gadameriana levanta a pretensão de ter encontrado o verdadeiro *transcendental,* que possibilita o conhecimento humano, a saber, a historicidade". Não há necessidade da negação dos preconceitos que, desde sempre, estão presentes no homem. Eles são a própria condição de possibilidade do compreender. Palmer, concorda com

Oliveira dizendo: “Os pré-juízos não são algo que devamos aceitar ou que possamos recusar; são a base da capacidade que temos para compreender a história”. (PALMER, 1969, p. 186). Estes preconceitos são frutos na tradição a qual estamos inseridos. São o horizonte a partir do qual compreendemos. Horizonte, para Gadamer, significa “o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto”. (GADAMER, 2005, p. 399, v. 1). Por fim, os preconceitos são esta carga histórica que sempre caminha conosco determinando, juntamente com o encontro com a coisa mesma, *como* compreendemos.

3.2 O encontro do intérprete (eu) com a coisa mesma (tu)

Gadamer afirma, no prefácio da obra *Verdade* e *método,* que “metodologicamente [...] [seu] livro assenta-se sobre um solo fenomenológico”. (GADAMER, 2005, p. 399, v. 1). Por isso, ir ao encontro da coisa mesma é fundamental para a correta compreensão. Só assim o intérprete coloca à prova seus preconceitos. Todo o “caminho fenomenológico consiste nessa relação entre projeto prévio de interpretação e a coisa mesma”. (ALMEIDA, 2000, p. 63).[12] Portanto, a hermenêutica filosófica, tomando o homem como ele é – finito e histórico – considera o encontro com o Tu indispensável para a fusão de horizontes.

Uma consciência verdadeiramente histórica sempre tem em vista o seu presente, pois é impossível uma compreensão como transferência à mente do autor. Isso significa, segundo Gadamer, que “procuramos deixar e fazer valer o direito objetivo do que o outro diz”. (GADAMER, 2005, p. 73, v. 2).[13] Não estamos preocupados com a intenção do autor, mas na própria fusão de horizontes entre o intérprete e a obra, em que o intérprete ajustou e continua a ajustar sua pré-compreensão no aparecimento da obra enquanto tal. Ora, “deixar-se determinar

---

[12] Nesta perspectiva, fazendo referência ao mito de Hermes, afirma Rohden: “Coube a Hermes a grata missão de conduzir *Psiqué* ao Olimpo para se casar com Eros, e à hermenêutica a tarefa de levar as pessoas ao entendimento, à boa convivência para a explicitação dos preconceitos, do que foi reprimido, do não dito”. (ROHDEN, 1999, p. 125).

[13] Concordamos com Palmer no seguinte: “Isso não significa que invoquemos irrefletidamente critérios externos do presente para o passado, de modo a considerarmos a Bíblia ou Shakespeare como irrelevantes. Pelo contrário, reconhecemos simplesmente que o ‘significado’ não é como uma propriedade imutável de um objeto, o ‘significado’ é sempre ‘para nós’” (PALMER, 1969, p. 187). O Tu sempre tem voz para o presente.

pelas coisas mesmas não é uma atitude de 'valentia', tomada de uma vez por todas, mas é a 'primeira, única e última tarefa'". (GADAMER, 2005, p. 73, v. 2). O encontro com a coisa mesma será a prova de fogo para os preconceitos, uma vez que são distinguidos os verdadeiros dos falsos. Por isso, "uma consciência formada hermeneuticamente deve ser de antemão receptiva à alteridade do texto". (GADAMER, 2005, p. 73, v. 2).

Nesta perspectiva, afirma Flickinger que a alteridade "trata-se sempre de algo ou de alguém que se encontra à nossa frente e, como tal, dirige-se a nós e inquieta-nos, devido única e exclusivamente ao fato de ser outro que nós mesmos". (FLICKINGER, 2000, p. 28). É esta interpelação, o encontro com a obra que proporá uma revisão da pré-compreensão. Portanto, é uma relação dialógica, onde o intérprete põe a escutar a coisa mesma, a fim de convalidar ou não seus preconceitos. Deste modo, "outro não é outro porque existe enquanto ente ao lado de outros entes, mas porque é reconhecido como outro pelo eis-aí-ser que, na sua finitude, abre-se a diferença". (ALMEIDA, 1999, p. 187). Desta forma, "faz sentido afirmar que o intérprete não vai diretamente ao "texto" a partir da opinião prévia pronta e instalada nele. Ao contrário, põe à prova, de maneira expressa, a opinião prévia instalada nele, a fim de comprovar sua legitimidade, o que significa, sua origem e sua validade". (GADAMER, 2005, p. 75, v. 2).

É nesta relação de diálogo, entre Eu-Tu, que se dará a filtragem da pré-compreensão. Disso resulta sempre uma revisão de projeto, uma vez que projetos "conflitantes podem posicionar-se lado a lado na elaboração, até que se confirme de modo mais *unívoco* a unidade de sentido". (GADAMER, 2005, p. 75, v. 1). Ora, colocar-se em contato com a coisa mesma é sinônimo de reprojetar, de revisar, de constatar que os preconceitos não são verdades infalíveis, muito menos eternos. Esta abertura do homem à alteridade é condição fundamental sem a qual não haveria compreensão. Assim, pois, como afirma Bleicher, os nossos preconceitos terão, "ou de se revelar adequados ao conteúdo, ou ser alterados, e é essa abordagem experimental que pode surgir a proclamação da verdade do texto". (BLEICHER, 1992, p. 157).

Chegamos, portanto, a um ponto decisivo: existem preconceitos legítimos e ilegítimos. O encontro com a coisa mesma prova que o Iluminismo estava errado e que há preconceitos que favorecem a compreensão. Assim, diz

Gadamer (2005, p. 368, v. 1): “Se quiser fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma reabilitação radical do conceito de preconceito e reconhecer que existe preconceitos legítimos”. Logo a pretensão da hermenêutica é a saída da particularidade subjetivista do intérprete e da particularidade da obra (como pretendia Schleiermacher) para uma elevação, para uma fusão de horizontes. É nesta fusão onde velho e novo, antigo e moderno imbricam-se para uma vida nova, onde nenhum dos dois chega a destacar-se. O horizonte do intérprete está sempre aberto, colocando seus preconceitos à prova.

> Partimos então do fato de que uma situação hermenêutica está determinada pelos preconceitos que trazemos conosco. Estes formam o horizonte de um presente, pois representam aquilo além do que conseguimos ver. No entanto, importa manter-nos afastados do erro de pensar que o que determina e limita o horizonte do presente é um acervo fixo de opiniões e valores, e que a alteridade do passado desse presente como de um fundamento sólido. (GADAMER, 2005, p. 404, v. 1).

Vimos, portanto, que a “primeira de todas as condições hermenêuticas permanece sendo, assim, a compreensão da coisa, o tem de haver-se com a mesma coisa”. (GADAMER, 2005, p. 78-79, v. 2). Ora, aqui surgem dois problemas, cada qual com suas peculiaridades, dois extremos de uma mesma linha que impossibilitam a compreensão. Primeiro designamos pelo conceito *dogmatismo* e segundo pelo conceito de *anulamento*. Como a própria designação sugere, o dogmatismo, na hermenêutica de Gadamer, é a pretensão de validação dos preconceitos próprios, sem o encontro com a coisa mesma, ou seja, é uma não abertura à alteridade que quer se fazer ouvir. Não se tem, por conseguinte, um diálogo, mas um monólogo, em que o resultado já é conhecido (A=A). Assim, a tarefa que nos é colocada “é a de impedir uma assimilação precipitada do passado com as próprias expectativas de sentido”. (GADAMER, 2005, p. 404, v. 1).

Fazer valer os preconceitos como verdades inalteráveis é tapar os ouvidos à voz da obra. É, em última análise, manipulação, no sentido de querer compreender o outro sem a interpelação de sua voz. É “compreender” sem o outro (que é um paradoxo!). Por fim, “o reconhecimento da alteridade do outro, que a converte em objeto de conhecimento objetivo, é, no fundo uma suspensão de nossa própria pretensão”. (GADAMER, 2005, p. 401, v. 1).

Se em um estremo da linha temos o problema do dogmatismo, no outro extremo encontramos o problema do *anulamento.* É válido afirmar que tanto o dogmatismo, quanto o anulamento impossibilitam a fusão de horizontes (Eu-Tu). O *anulamento* é o intérprete indo ao encontro da coisa mesma, mas se anulando fazendo apenas a coisa/outro aparecer. A receptividade do intérprete, afirma Gadamer, "não pressupõe, no entanto, uma 'neutralidade' quanto à coisa, nem um anulamento se si mesmo". (GADAMER, 2005, p. 76, v. 2).

Para acontecer a compreensão, necessariamente, precisa-se dos preconceitos do intérprete, uma vez que formam a própria pré-compreensão, para desencadear o diálogo entre intérprete-obra. Daí se afirma não só no "fim" temos conhecimento, mas também no início. A anulação, por conseguinte, é a tentativa de fazer valer a obra em sua origem, abandonando ou pretendendo abandonar todos os preconceitos do intérprete. Para a hermenêutica de Gadamer, isso é insustentável porque desde sempre somos históricos e tudo que compreendemos possui respingos de nossos preconceitos. Deve existir, portanto, um termo médio entre dogmatismo e anulação. É neste meio-termo que se situa a hermenêutica filosófica e a possibilidade de compreensão. Deste modo, "ela [hermenêutica] se desenrola entre a estranheza e a familiaridade que a Tradição ocupa junto a nós, entre a objetividade da distância, pensada historicamente e a pertença a uma tradição. Esse entremeio (*Zwischen*) é o verdadeiro lugar da hermenêutica". (GADAMER, 2005, p. 391, v. 1).

A hermenêutica localiza-se, portanto, no meio desta tensão entre intérprete e obra, fazendo justiça à historicidade da compreensão, sem despotismo do Eu ou do Tu. Daí resulta a fusão de horizonte, em que intérprete e obra fundem-se em um sentido comum. Por conseguinte, afirma Almeida que o "choque hermenêutico faz o intérprete *estranhar* o que lhe era mais familiar e, ao mesmo tempo, o convoca a tornar familiar o que surge como estranho". (ALMEIDA, 2000, p.65). De fato, para que haja compreensão é preciso não cair em extremos, mas levar em consideração o intérprete – finito e histórico – e a coisa mesma. O estranho (Tu) faz acontecer o reprojetar do Eu, donde surge a compreensão. E compreender é, desde sempre, o aparecimento de um sentido que nunca está fechado, ele (sentido) é dinâmico. Portanto, a hermenêutica não é só um *método* para compreender, mas também, e acima de tudo, é a clarificação das condições sob as quais a compreensão é possível (é, se podemos

fazer tal aproximação, uma espécie de *transcendental* kantiano estendido à historicidade).

Vimos o problema dos extremos e a impossibilidade da compreensão. Também explicitamos o lugar da hermenêutica, mas ainda resta uma pergunta a ser feita: Como distinguir os preconceitos legítimos dos não legítimos? Segundo Grodin, não devemos falar em critérios para selecionar os preconceitos, mas de *indícios*[14] de preconceitos legítimos. Aqui distância temporal é fundamental. Gadamer afirma que o intérprete não consegue distinguir por si mesmo os preconceitos produtivos daqueles que atrapalham e levam a mal-entendidos.

Assim sendo, a distância temporal trabalha como um filtro, permitindo o aparecimento dos preconceitos que realmente contribuem para a compreensão.[15] De acordo com Grodin (1999, p. 188-189), "graças à distância histórica, o juízo se torna mais seguro. Assim, se faz valer uma espécie de fecundidade da distância temporal". Logo de acordo com Gadamer:

> Muitas vezes esta distância temporal nos dá condições de resolver a verdadeira questão crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir os *verdadeiros* preconceitos, sob os quais *compreendemos*, dos *falsos* preconceitos que produzem mal-entendidos. nesse sentido, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica. (GADAMER, 2005, p. 395, v. 1).

Segundo nosso autor, há uma dificuldade enorme ("impotência") em julgar quando não dispomos de uma distância temporal que nos disponibiliza "critérios" seguros. O "juízo sobre a arte contemporânea reveste-se de uma insegurança desesperadora". (GADAMER, 2005, p. 393-394, v. 1). Por conseguinte, não se trata de superar a distância, o que objetivamente é impossível, nem considerá-la um abismo devorador, mas um caminho "preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, em cuja luz nos é mostrada toda a tradição". (GADAMER, 2005, p. 393, v. 1). Logo, o sentido de uma obra não é

---

[14] De acordo com Grodin, se existe um critério então todas as perguntas da hermenêutica estariam resolvidas e não teríamos problema com a verdade. "Essa ambição por um critério que de uma vez por todas, assegure a objetividade, é também um depoente metafísico do historicismo". (GRODIN, 1999, p.188). É por este motivo que Grodin prefere falar de *indícios* ao invés de critérios.

[15] Para Gadamer, a distância temporal possui um sentido negativo e outro, positivo. Ela elimina, faz a filtragem dos preconceitos que obscurecem e atrapalham a compreensão. Faz surgir os verdadeiros/legítimos preconceitos que levam a um acontecer da compreensão.

produzido pelo intérprete, também não está fechado sobre a obra. Muito além disso, o sentido pertence à tradição onde está inserido e só é revelado quando são encontradas as conexões entre os prejuízos produtivos do intérprete, a obra e a tradição. Daqui diz-se que o "sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre". (GADAMER, 2005, p. 392, v. 1).

O tempo, portanto, "já não é um abismo a ser transposto porque supera e distancia, mas é na verdade, o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes". (GADAMER, 2005, p. 392, v. 1). É com a passagem do tempo que realmente alcançamos o que diz a obra, ou seja, "é gradualmente que a verdadeira significação histórica emerge e começa a interpelar o presente". (PALMER, 1969, p. 188). Consequentemente, uma consciência hermeneuticamente formada deverá "pegar com as mãos" os seus preconceitos, a fim de fazer a opinião da tradição valer como outro. Como, porém, colocar os preconceitos em evidência? De acordo com Gadamer, para destacar os preconceitos é necessário provocá-los e para isso "é preciso o encontro com a tradição, pois o que incita o compreender deve-se ter feito valer já, de algum modo, em sua própria alteridade". (GADAMER, 2005, p. 395, v. 1).

Ora, no encontro com a coisa mesma, o Tu está livre de pretensões subjetivas devido à distância temporal. Logo, esta situação possibilita que os preconceitos do intérprete também sejam filtrados. O contato com a coisa resulta, portanto, na compreensão verdadeira. Dito de outra forma, a prova de fogo dos preconceitos (separando verdadeiros dos falsos) do intérprete será o encontro com a coisa, pois esta, desfrutando de distância temporal, está livre de ambição subjetivista. Deste encontro, "não há como pressupor o domínio ou a inferioridade de um ou de outro nesta parceria. O sentido nasce do 'vir ao encontro' de um ao outro [...]" (FLICKINGER, 2003, p. 174). A compreensão é participação na tradição, em um momento onde se mistura passado e presente em direção ao futuro. Agora, estamos capacitados a entender por que o "primeiro elemento com que se inicia a compreensão é o fato de que algo nos interpela". (GADAMER, 2005, p. 80, v. 2).

4 O direito sob a perspectiva da hermenêutica filosófica

Enquanto em Heidegger a hermenêutica assume uma posição de adjetivação de sua filosofia, ao colocar a facticidade como elemento constitutivo do Dasein, em Gadamer a hermenêutica substantiva-se como área do conhecimento e adjetiva-se como filosófica, constituída, nas palavras de Ernildo Stein, pela experiência hermenêutica do sentido, de modo que o compreender não é um agir do sujeito, e sim um modo de ser que se dá em uma intersubjetividade (STEIN, 2002, p. 21-34), na sua faticidade, como modo prático de ser no mundo.

Nessa linha de entendimento, no âmbito da pré-compreensão, o sentido não está à disposição do intérprete, ou seja, a compreensão de um texto não é um ato da subjetividade, mas sim uma comunhão que nos une com a tradição. (GADAMER, 2005, p. 388, v. 1). A perspectiva hermenêutica que se coloca, portanto, impede a escolha ou a imposição do sentido do intérprete no processo compreensão, dado o inevitável comprometimento do sujeito com seu contexto histórico e factual.

No âmbito do direito, se está correto o argumento de que o intérprete não constrói o seu próprio objeto de conhecimento, o direito não pode ser aquilo que o intérprete quer que ele seja, sob pena de incorrermos na objetificação do sentido através do encobrimento do ser no ente, ou seja, na entificação do ser, sobre a ideia de fundamento último e de uma autorreferência e, a partir disso, instituindo-se a ideia de verdade como algo estático e atemporal.

O ordenamento jurídico conserva muito ainda seus velhos dogmas dualistas objetificantes, a exemplo da separação entre a questão de fato e a questão de direito, o que dificulta a valorização da tradição e a recuperação de sua dimensão histórica no processo de compreensão do conflito social e preserva a concepção conceitualista do direito, numa ficção de um mundo de conceitos sem coisas. (STRECK, 2009, p. 439).

Nesse mesmo sentido, com razão afirmava Castanheira Neves (2002, p. 29, p. 331) que o maior erro do direito é a autonomia de uma normatividade constituída e sustentada no sistema autorreferente de sua abstrata racionalidade dogmática, por fechar-se em si própria num sistema formal, alheio à realidade social que evoluía sobretudo, porque a partir de uma operação

simplista de aplicação de um conjunto de regras jurídicas resta eliminado o contato do julgador com a sociedade.

A eliminação da crítica histórica, já dizia Ovídio Baptista da Silva, e o esquecimento do passado, é a própria condição do dogma (SILVA, 2006, p. 19), de modo que a neutralidade axiológica ainda presente no Direito vale-se do seu distanciamento da experiência factual. Essa lógica de abstração é prejudicial ao exercício dos direitos, especialmente se levadas em consideração as circunstâncias históricas e sociais da complexa sociedade contemporânea. (SANTOS, 2016, p. 261).

A título de exemplo, tenta o novo Código de Processo Civil garantir a correta fundamentação das decisões judiciais, de acordo com o art. 489, parágrafo único. Contudo, o mesmo diploma processual também prevê a aplicação de um modelo de julgamento de demandas repetitivas (art. 928 do CPC), no âmbito dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, e ainda no âmbito do novo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, assentado justamente na restrição do julgamento, apenas da questão de direito e, portanto, de caráter abstrato. Além disso, de acordo com a previsão do art. 927, as decisões proferidas no âmbito desse modelo possuem caráter vinculante sobre as jurisdições inferiores, em total afronta à Constituição Federal, cuja previsão de vinculação se concentra apenas no controle concentrado de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes. Se inexistente a ordem de vinculação emanada da própria Constituição Federal, não seria o CPC, como lei ordinária, que atribuiria tamanha autoridade a todos os institutos do art. 927, do referido diploma processual. (NERY JUNIOR, 2016, p. 1963).

Se considerada a perspectiva de Montesquieu (2004, p. 583), o que ocorre é apenas uma substituição da lei pelo provimento judicial vinculante. Ou seja, a partir da lógica instaurada pelo art. 927, inciso III, no julgamento das demandas repetitivas, a jurisdição inferior torna-se refém dos provimentos vinculantes, aplicados a partir de um "deduzir lógico" (CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 331), numa verdadeira retomada da subsunção do fato às decisões (direito) abstratas e arbitrárias, próprias do positivismo normativista em pleno século XXI.

Tal modelo, do como como foi instituído, pretende legitimar decisões paradigmas abstratas, utilizadas como verdadeiros instrumentos de mecanização da prestação jurisdicional, entificando o ser no processo de compreensão. Não

bastasse isso, o modelo revela também uma opção do legislador por uma jurisdição conceitual que não pretende de fato enfrentar o caso concreto e que busca a abstração justamente para fertilizar os decisionismos discricionários e arbitrários, ao gosto do intérprete, através de julgamentos por amostragem. (SANTOS, 2016, p. 276). É por essa razão que, seja pela sua abstração, ao alargar a possibilidade de subsunção de arbitrariedades, seja pela sua inconstitucionalidade, ao atribuir poder de vinculação às suas decisões sem qualquer previsão constitucional, modelo previsto pelo CPC no seu art. 928 do CPC, fere o exercício pleno de acesso à justiça e o devido processo legal, fundamentos tão caros para uma frágil democracia.

Nessa linha de argumentação, está-se diante de um discurso retórico pela defesa da segurança jurídica, quando, na verdade, por meio de uma lógica utilitarista, o que se pretende é golpear duramente os excessos da indesejada litigiosidade repetitiva, através do direito construído a partir da visão dos tribunais superiores. (SANTOS, 2016, p. 276). Não fosse assim, o que seriam tais provimentos vinculantes senão estratégias para inibir o acesso à justiça pleno, já que as decisões vinculantes passam a ser tratadas como respostas prontas e prévias às ações futuras?

O fato é que, na contramão da tradição, o modelo sob análise "engessa" o sentido no processo de compreensão, descaracterizando a sua essência e desviando o intérprete de sua consciência histórica efectual. Veja-se que, ao destacar a tradição e a historicidade no processo de compreensão, Gadamer afirma que o sentido vem revelado na valoração da experiência, evento que vai chamar de consciência da história efeitual, ou seja, a nossa compreensão de mundo se revela quando somos atingidos e interpelados pela própria tradição. (GADAMER, 2005, p. 492, v. 1).

Logo se a compreensão autêntica deve ocorrer mediante um processo de constante circularidade diante da situação concreta, leia-se, da experiência, o modelo de julgamento de demandas repetitivas, ora sob análise, não só rompe com a tradição como se mantém numa ficção interpretativa travestida de segurança jurídica.

A autorreferência e a abstração, portanto, facilitam o julgamento conceitual e, consequentemente, criam o risco de convivermos com um modelo de justiça arbitrário e sinuoso, travestido de celeridade processual,

comprometendo o acesso à justiça e o próprio regime democrático. Neste sentido, cabe lembrar Heinrich Henkel, quando afirma que a separação lógico-conceitual da questão de fato e de direito: *"Crea una valla contra los peligros de que el derecho se determine de un modo irracional, obedeciendo al puro sentimiento..."* (HENKEL, 1968, p. 153).

Se a compreensão é um constante desvelamento que decorre de um encontro do intérprete com a sua consciência histórica, na sua experiência a perspectiva hermenêutica rompe com o paradigma abstrato e conceitual que ainda afeta o mundo jurídico, ruptura esta que leva inevitavelmente à constatação de que o direito não se sustenta, em tempos de Estado Democrático de Direito, com a mera aplicação subsuntiva de preceitos universais sobre coisas imaginárias. (SANTOS, 2016, p. 276).

Nesse aspecto, a hermenêutica filosófica, por ser antidualista e antirrelativista, proporciona uma reflexão significativa quando se trata de compreender que a diferença entre o fato e o direito é apenas ontológica e de que a ideia de verdade como desocultamento e revelação é indispensável para superar o pensamento objetificante da ciência jurídica, cuja valoração do dogma sustenta a ideia de um direito autorreferente e impenetrável.

Por outro lado, recuperar a dimensão histórica no âmbito da prestação jurisdicional significa compreender que o papel do julgador está inevitavelmente interligado com a força advinda da estrutura histórica e social da sociedade, não sendo mais unicamente a lei ou decisões paradigmas-abstrativistos, que irão refletir o que o Estado Democrático de Direito entende como solução mais adequada a uma demanda social controvertida. A tradição e sua antecipação de sentidos no processo de compreensão impedem qualquer conclusão diversa, sobretudo porque a compreensão do fenômeno jurídico não pode permanecer à margem de um contexto de legitimidade democrática. (STRECK, 2009, p. 427).

Considerações finais

Somos determinados por nossa condição de eis-aí-ser. Não conseguimos fugir de nossa condição finita e histórica. Finita porque sempre compreendemos a partir de um ponto que, consequentemente, é determinado historicamente. A compreensão resultante do encontro Eu-Tu é uma fusão de horizontes que

resulta em um sentido comum. Logo há uma ampliação do horizonte pessoal. O horizonte do intérprete está sempre em construção, pois estamos sempre colocando à prova nossos preconceitos. A historicidade do homem é dinâmica de modo, e, consequentemente, a compreensão também é dinâmica. Por conseguinte, o sentido é sempre infinito.

A reabilitação dos preconceitos, enquanto fundamentais para o compreender, proporcionou uma onda de críticas acusando Gadamer de um relativismo histórico. Entretanto, como deixamos claro, não há tentativa de um método para a hermenêutica, mas de tomar o homem como ele é e, a partir daí, ir à busca da compreensão. Não há pretensões de aplicações, para o ser do homem, uma certeza indubitável. Falaremos, portanto, na hermenêutica, não de que alguém conhece melhor ou pior, ou mais objetivamente, mas que há compreensões diferentes. O diferente não implica falta de verdade, mas o encontro mais originário com ela. Originário pelo fato de ser o homem que desvela a verdade (homem – verdade), diferente das ciências onde é o método que encontra a certeza (sujeito – método – verdade 'certeza'). Poderíamos afirmar que as ciências encontram aquilo que o próprio método já obtinha.

Os preconceitos, portanto, ressurgem das cinzas assim como a Fênix para fazer parte da própria historicidade do homem. A pretensão iluminista de um sujeito puramente reflexivo obscureceu e negou a própria condição histórica do homem, assim como a própria história. Negar os preconceitos é fazer caso omisso a nós mesmos. Mas, os preconceitos são apenas um dos lados da compreensão, pois o outro lado é a coisa mesma. O encontro é indispensável. A abertura do Eu é a possibilidade do diálogo com o Tu, onde o primeiro se faz ouvir pelo segundo. E, já dizer Tu pressupõe um acordo comum, donde germina um sentido comum.

Por conseguinte, a *Aufklärung* estava errada sobre os preconceitos. Não são empecilhos do conhecimento, mas possibilidade da compreensão, possibilidade de alargamento de horizonte. A pré-compreensão, mesmo sendo *pré* é indispensável, uma vez que é o início do círculo da compreensão. Este parte dos preconceitos em direção à coisa mesma e volta aos preconceitos, fazendo o Eu reprojetar. A tarefa, por conseguinte, é ampliando o sentido comum em círculos concêntricos. Logo, esta circularidade em forma de espiral é o intercâmbio do movimento da tradição e o movimento do intérprete.

Movimento sem vício – amplitude do sentido. Por fim, o caráter preconceituoso de nossa compreensão não é um entrave, mas o nosso próprio ser em questão.

É por essa razão que, no âmbito do direito, a interpretação do fenômeno jurídico, enquanto elemento inafastável da dimensão histórica da tradição, impede modelos de julgamento pautados na arbitrariedade do intérprete. Se o sentido não está à disposição do sujeito, dada a sua intensa vinculação à tradição, é o próprio ambiente democrático que cria as condições do processo de compreensão e das decisões tomadas no ambiente jurisdicional.

Esse direito refugiado no mundo dos conceitos, desapegado do mundo da vida e blindado em seu universalismo, é totalmente anacrônico e corre sérios riscos de não mais servir aos propósitos de um ideal mínimo de civilização.

Nesse sentido, é justamente a ideia de tradição, de perspectiva gadameriana, que reclama uma remodelação do sistema de justiça que saiba dialogar com a realidade contemporânea e seus conflitos. Em definitivo, o direito conceitual já teve o seu momento nos séculos passados. As complexidades da vida contemporânea exigem muito mais de um modelo de justiça que queira manter-se como instância mínima de garantia do exercício da cidadania.

Referências

ALMEIDA, C. L. Hermenêutica e dialética: Hegel na perspectiva de Gadamer. In: ALMEIDA, C. L.; FLICKINGER, H-G.; ROHDEN, L. *Hermenêutica filosófica:* nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 61-115.

______. A universalidade da hermenêutica. *Veritas,* v. 44, n. 1, p. 33-59, 1999.

BLEICHER, J. *Hermenêutica contemporânea*. Trad. de Maria G. Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992.

CASSIRER, E. *A filosofia do Iluminismo.* Trad. de Álvaro Cabral. Campinas: Unicamp, 1994.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Direito hoje e com que sentido?* O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Questão fato e questão de direito:* o problema metodológico da juridicidade. Coimbra: Coimbra, 1967.

CORETH, E. *Questões fundamentais de hermenêutica.* Trad. de Carlos L. Matos. São Paulo: EPU, 1973.

COSTA, C. C. Hans-Georg Gadamer*:* notas introdutórias à hermenêutica filosófica contemporânea*. Fragmentos de cultura,* v. 14, n. 5, p. 897-912, 2004.

FLICKINGER, H-G. O fundamento ético da hermenêutica contemporânea. *Veritas,* v. 48, n. 2, p. 169- 179, 2003.

______. Da experiência da arte à hermenêutica filosófica*.* In: ALMEIDA, C. L.; FLICKINGER, H-G.; ROHDEN, L. *Hermenêutica filosófica:* nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*.* Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 27-42.

GADAMER, H-G. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*.* Trad. de Flávio P. Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

______. *Verdade e método II:* complementos e índices*.* 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

______. *O problema da consciência histórica.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

______. Historia del universo y historicidad del ser humano (1988). Trad. de Arturo Parada. In: GADAMER. *El giro hermenéutico.* Madrid: Cátedra, 2001.

GRODIN, J. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HEIDEGGER, M. *Ser y tiempo.* Trad. de Jorge E. Rivera. Santiago do Chile: Editorial Universitária, 1998.

HENKEL, Heinrich. *Introducción a la filosofía del derecho.* Madrid: Taurus Ediciones, 1968.

HERMANN, N. Platão e Gadamer*. Veritas,* v. 49, n. 4, p. 623-827, 2004.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis.* Trad. de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2004.

KANT, I. Resposta a pergunta: O que é esclarecimento (*Aufklärung*)? Trad. de Artur Mourão. In: KANT, I. *À paz perpétua e outros opúsculos.* Lisboa: Edições 70, 1995. p.11-19.

KRONBAUER, Luiz G. Re-lendo verdade e método: historicidade, finitude, compreensão e diálogo pedagógico. *Estudos leopoldenses,* v. 4, n. 6, p. 151-162, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, M. A. de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.* 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

PALMER, R. *Hermenêutica.* Trad. de Maria Luíza R. Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969.

INTUITIO Porto Alegre, n.1, jun. 2008, p. 63-81.

ROHDEN, L. O círculo hermenêutico como estrutura*:* o "enquanto" da hermenêutica filosófica*. Veritas,* v. 44, n. 1, p. 109-131, 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia:* o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STEIN, E. *Aproximações sobre hermenêutica.* 2.ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

______. Compreender em vez de fundamentar: a hermenêutica filosófica de Gadamer*. Veritas,* v. 47, n. 1, p. 1-115, 2002.

______. Da fenomenologia hermenêutica à hermenêutica filosófica. *Veritas,* Porto Alegre, v. 47, n. 1, p. 21-34, 2002.

______. A questão da boa circularidade*.* In: STEIN, E. *Seis estudos sobre ser e tempo.* Petrópolis, RJ: Vozes, 1988. p. 49-63.

______. Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre o método em filosofia. *Síntese,* v. 10, n. 29, p. 21-24, 1983.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso:* constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

______. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

10
Foucault e o encontro com o marxismo

Kelin Valeirão*

Introdução

Como é de praxe, tanto a filosofia de Marx quanto o pensamento de Foucault foram e são exaustivamente trabalhados na área das Ciências Humanas e nas demais áreas do saber. Todavia, há um entendimento de que alguns filósofos não dialogam entre si por questões históricas, sociais e ideológicas. Até aqui temos um campo fértil, uma vez que a Ciência está sempre em processo, e fazer Ciência é trazer o novo como possibilidade aos estudos antecessores. No caso destes dois autores, Marx e Foucault, precisamos "limpar" o campo de investigação.

Lemke (2000), no trabalho apresentado no *Rethinking Marxism Conference*, na Universidade de Amherst (MA) em setembro de 2000, sinaliza a afirmação de Étienne Balibar ao defender que Foucault mudou seu desenvolvimento teórico, a partir da ruptura com o marxismo. Isso não nos parece novidade, uma vez que acaba dando sustentação ao que Sartre já havia posto: "O marxismo é o alvo. Trata-se de constituir uma ideologia nova, a última barreira que a burguesia ainda possa levantar contra Marx".[1] (ERIBON, 1990, p. 168). Certamente, Foucault nega e, inclusive, ironiza as palavras de Sartre, dizendo que este último, por ser um filósofo ocupado, não teve tempo para ler seus escritos. Entretanto, o que parece ser visível é que o pensamento de Foucault traz, como produtividade, o uso de conceitos marxistas ou alguns conceitos compatíveis com o marxismo, seja para propor deslocamentos, seja para refutá-los.

Ao estabelecer uma relação entre autoridades como Marx e Foucault, há muito com o que nos preocupar! Começaremos por uma breve diferenciação entre o pensamento do filósofo Marx, o marxismo e os marxistas. Isso é

* Doutora em Educação. Mestra em Ciências. Especialista em Filosofia Moral e Política e Licenciada em Filosofia. Atualmente é professora adjunta no Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Pelotas. Endereço eletrônico kpaliosa@hotmail.com.

[1] Para Sartre, a recusa que Foucault faz à história é uma maneira de rejeitar o marxismo.

necessário por haver uma grande confusão, como se estas três palavras fossem por ora tidas como sinônimo. Acreditamos ser importante expor aqui que Foucault fez uso das ideias de Marx, tendo-o como influência e tendo uma curta passagem pelo Partido Comunista. Por outro lado, o filósofo francês teve grandes impasses com o marxismo e, principalmente, com o pensamento de diferentes pensadores e militantes, ditos marxistas.

1 Foucault, leitor de Marx

> Quero referir-me a uma espécie de filosofia marxista que é, a meu ver, um acompanhamento ideológico das análises históricas e sociais de Marx, assim como de sua prática revolucionária, e que não constitui o cerne do marxismo, entendido como análise da sociedade capitalista e o esquema de uma ação revolucionária nessa sociedade. (FOUCAULT)

A crítica que o filósofo francês submete ao Estado moderno poderia ser vista como algo próximo à crítica, ao mesmo Estado que recebeu a denominação pejorativa de burguês, executada por um grupo de intelectuais denominados marxistas. Sob esta lógica argumentativa, Foucault aparece como um possível marxista destinado a destrinchar o fenômeno do poder, mas a crítica ao poder é também uma crítica ao conceito de ideologia. Outrossim, o filósofo francês teve grandes impasses com o pensamento de Marx, o marxismo e, principalmente, com diferentes teorias a partir dos pensadores e militantes, ditos marxistas.

Marx foi o precursor do conjunto de ideias que constituiu o marxismo, juntamente com Friedrich Engels. Contudo não podemos esquecer que o marxismo foi desenvolvido por seus seguidores, ou seja, ultrapassou as ideias do próprio Marx. Neste sentido, podemos apontar o marxismo como uma corrente político-teórica que abarca uma grande quantidade de marxistas que apresentam diferentes posições teóricas e políticas, inclusive, às vezes, antagônicas. Neste contexto, talvez o próprio Marx se assustaria com o leque de possibilidades que o marxismo abriu, uma vez que o autor não esteve vivo para ver o que o marxismo do século XX se tornou.

Com essas poucas palavras, iniciais e necessárias, adentramos propriamente na relação existente entre Marx e Foucault:

> Acontece com freqüência de eu citar conceitos, frases, textos de Marx, mas sem me sentir obrigado a ajuntar a pequena peça autenticadora, que consiste em fazer uma citação de Marx, em colocar cuidadosamente a referência em nota de pé de página, e em acompanhar a citação de uma reflexão elogiosa, mediante o que se é considerado como alguém que conhece Marx, que reverencia Marx e que se verá honrado pelas revistas ditas marxistas. Eu cito Marx sem dizê-lo, sem colocar aspas, e como eles não são capazes de reconher os textos de Marx, eu passo por ser aquele que não cita Marx. Será que um físico, quando faz física, sente a necessidade de citar Newton ou Einstein? Ele os utiliza, mas não tem necessidade de aspas, de notas em pé de página ou de aprovação elogiosa que prove a que ponto ele é fiel ao pensamento do mestre. (FOUCAULT, 2006, p. 173).

Nesta citação, muitas questões estão presentes. Entre elas, devemos desembaraçar Marx, de um lado, e o marxismo, de outro. Além disso, fica claro que Foucault faz uso, sim, do pensamento de Marx, com propriedade. Talvez mais visivelmente quando adere ao Partido Comunista em 1950, por influência de Louis Althusser. No entanto, vinha tentando se engajar desde 1947, mas não era aceito.

Na entrevista intitulada “La méthodologie pour la connaissance du monde: comment se débarrasser du marxisme”, concedida em 25 de abril de 1978, ao R. Yoshimoto, Foucault defende não achar pertinente acabar com o próprio Marx. Para ele “Marx é um ser indubitável, um personagem que expressou sem erro certas coisas, quer dizer um ser inegável como acontecimento histórico: por definição, não se pode suprimir um tal acontecimento”. (FOUCAULT, 2010, p. 191). Aqui é importante salientar que Foucault leu Marx e, quando estava no Partido Comunista, considerava a doutrina marxista a mais prudente. Naquela época, os pontos de referência eram Hegel, Marx, Heidegger, dentre outros. Mais tarde, por volta de 1953, ocorre o encontro com Nietzsche, sendo uma influência determinante até seus últimos escritos. No que diz respeito a esta leitura, no fim da vida Foucault confessa conhecer Nietzsche bem melhor que Heidegger, frisando que, se não tivesse lido Heidegger, provavelmente não teria chegado à leitura do pensamento nietzschiano.

Cabe frisar que Foucault não fazia questão de que sua obra fosse coerente com um método único. Não queria ser situado, resumido a uma perspectiva filosófica. E chegou a declarar infinitas vezes que não pretendia alegar quem era tampouco conservar-se o mesmo. O filósofo remodela seu pensamento: ele muda e evolui constantemente, enveredando por novos e diferentes caminhos.

Outrossim, quem venha a se aventurar a ler e a pesquisar a filosofia deste pensador-tipo[2] precisa, antes de mais nada, saber lidar com as inconstâncias, com o pensamento nômade de Foucault, com suas idas e vindas, que chegam a causar certo constrangimento inicial, pois, quando pensamos que estamos começando a entender o que ele quer explanar, viramos a página e nos deparamos com afirmações consistentes que dizem justamente o contrário do que fora antes dito. O pensamento de Foucault é assim: uma caixinha de surpresas! Talvez por isso Rajchman (1987) defende que Foucault não pretendia deixar como legado uma doutrina, um método ou uma escola de pensamento. E enfatiza:

> [...] em discussões norte-americanas, Richard Rorty, o filósofo neo-deweyano, pode criticar Foucault por um despeito recalcado em relação à classe burguesa, enquanto que David Rothamn, o historiador social, pode queixar-se de que Foucault omitiu qualquer *menção* à classe burguesa em sua análise. Do mesmo modo, na França, Foucault foi acusado tanto de negligenciar o Estado como de fazer sua interferência tão profunda e total que não sobrava espaço para a "sociedade". Pode-se inferir que a história de Foucault não se harmoniza facilmente com as nossas grandes histórias sobre capitalismo, burocracia e Estado. (RAJCHMAN, 1987, p. 45).

Em 1950 Foucault estava no centro de um grupo de *normaliens* comunistas chamado *Grupo folclórico* ou *Saint-Germain-des-Prés marxistas*. O grupo era composto por Paul Veyne, Jean-Claude Passeron, Gérard Genette, Maurice Pinguet, Jean Molino e Jean-Louis van Regermoter. Eles eram comunistas embora não seguissem à risca o partido. Ainda naquela época, Foucault era chamado de *le Fouk's* e criou um laboratório de psicologia numa antiga discoteca desativada. Ao receber visitantes, mostrava uma caixa de sapato com um rato e exprimia com ironia: "Esse é o laboratório". Outrossim, como os demais colegas do grupo, Foucault adere ao Partido Comunista, ao qual ficará ligado até 1953. Chegou a afirmar, em uma entrevista concedida a Ducio Trombadori, em 1978:

> Para muitos de nós, jovens intelectuais, o interesse por Nietzsche e Bataille não representava uma forma de se afastar do marxismo ou do comunismo. Ao contrário, era a única via de comunicação e de passagem para o que acreditávamos dever esperar do comunismo [...]. Foi assim que, sem bem

[2] Expressão utilizada por Paulo Rouanet no texto *A gramática do homicídio* (1996) para descrever Foucault consagrado à construção de um saber inteiramente despojado de conotações antropocêntricas.

> conhecer Marx, recusando o hegelianismo, sentindo-me mal com os limites do existencialismo, decidi aderir ao Partido Comunista. Estávamos em 1950: nessa época ser "comunista nietzschiano"! Uma coisa no limite do vivível e, se quiser, talvez um pouco ridícula; eu sabia disso. (ERIBON, 1990, p. 65-66).

Uma questão um tanto curiosa, o encontro de Foucault com Nietzsche se deu, mais tarde, em 1953, justamente no ano em que o filósofo francês sai do Partido Comunista. Como se não bastasse, posteriormente, em 1983, em conversa com Paul Veyne, Foucault declara ver no marxismo uma doutrina sensata. Talvez Foucault não esteja sendo muito sincero ao intitular-se um comunista nietzschiano, pois, ao lermos seus textos daquela época, percebemos que o pensamento de Nietzsche não se faz presente.

Independentemente da sinceridade ou não de Foucault, o fato é que, em 1953, se afasta do partido por vários motivos: entre eles, sentia-se extremamente constrangido em participar de um "partido que rejeitava e condenava o homossexualismo como um vício da burguesia e um sinal de decadência". (ERIBON, 1990, p. 69). Todavia, Foucault acabou acrescentando uma outra razão: o caso "dos aventais brancos"[3] e, por fim, declara ter saído do PCF depois do famoso complô dos médicos de Stálin, no inverno de 52, e por causa de uma persistente sensação de mal-estar. Mais tarde, ao ser questionado sobre a saída de Foucault, Althusser reforça que Foucault saiu mesmo do partido por causa de sua homossexualidade.

No final de 1966, em setembro, Foucault vai para a Tunísia para lecionar Filosofia na Faculdade de Letras e Ciências Humanas, num antigo Liceu da cidade, que se transformou em Universidade, uma espécie de exílio pessoal; desliga-se administrativamente de Clermont-Ferrand e assume um contrato com previsão de três anos, mas fica dois.

Na Tunísia, os alunos não gostavam de ouvir Foucault citar Nietzsche sobre qualquer pretexto, tampouco a sua hostilidade com relação ao marxismo. Em

[3] Em 1952, os médicos de Stálin foram acusados de conspirar contra a sua vida, os membros do Partido Comunista (PC) acreditam na versão soviética oficial, ou seja, os médicos tentaram matar Stálin. Contudo Foucault relata a Ducio Trombardi que André Wurmser convoca uma reunião para explicar o complô e todos os membros do PC acreditam na versão, embora não estejam realmente convencidos. Três meses após a morte de Stálin, descobrem que a ideia do complô é pura invenção e escrevem ao Wurmser, solicitando um esclarecimento acerca do ocorrido, mas nunca recebem resposta. Foucault qualifica a atitude como desastrosa, e confessa que se sentia mal por estar no PC.

1967, Foucault é classificado pelos alunos como à direita. Em contrapartida, Foucault, segundo relatos de Eribon (1990), declara que os alunos reivindicam o marxismo, com uma violência, uma intensidade, uma paixão extraordinária. O marxismo era não só uma análise melhor das coisas, como também uma espécie de energia moral, de notável demonstração de existência. Em um passeio com o diretor de *Le Nouvel Observateur*, Jean Daniel, chega a dizer, ao ver um grupo de estudantes pela rua, que seriam a revolução.

Foucault vai para a Tunísia para, de certa forma, afastar-se da vida política. Afinal, estava decepcionado com o PC, e o que buscava era justamente uma vida entre os prazeres do sol e a ascese filosófica. Porém, seus dias estavam contados, e a política novamente o agarra. Não tardou para Foucault se envolver num movimento político, juntamente com os alunos na Tunísia. Chegou, inclusive, a esconder o mimeógrafo do grupo e vários panfletos em seu jardim, assim como não se conforma com a passividade e dá refúgio a estudantes perseguidos pela polícia em sua própria casa; e, ao voltar das férias de verão de 1968, tenta depor nos processos a favor dos estudantes, ficando bastante abalado.

> [...] Devo dizer que esses rapazes e moças que corriam riscos terríveis redigindo um panfleto, distribuindo-o ou fazendo um apelo à greve... que realmente corriam risco de ser privados da liberdade! ... me impressionaram muito, muito. Para mim foi uma experiência política. De minha passagem pelo Partido Comunista, do que pude ver na Alemanha, da maneira como as coisas se passaram com relação aos problemas que eu queria colocar a propósito da psiquiatria, quando voltei à França... de tudo isso guardei uma experiência política um pouco amarga, um pouco de ceticismo muito especulativo, não escondo... Lá, na Tunísia, fui levado a dar uma ajuda concreta aos estudantes... De algum modo tive de entrar no debate político. (ERIBON, 1990, p. 181).

Em 1968, no outono, Foucault volta à França e, no dia 23 de janeiro de 1969, entra na gesta esquerdista. Talvez essa atitude seja motivada pela experiência que teve juntamente com os alunos na Tunísia, embora seja considerado pouco engajado pelos esquerdistas, uma vez que não estava na França no maio de 68. A questão é que, a partir de 1969, começa a encarar a própria figura do intelectual militante, temos um Foucault das manifestações e dos manifestos, das lutas e das críticas.

Após maio de 68, o governo cria, como medida paliativa, a reforma do Ensino Superior na França e é constituída uma Comissão de Orientação composta por aproximadamente vinte pessoas, dentre elas Jean-Pierre Vernant, Georges Canguilhem, Emmanuel Le Roy Ladurie, Roland Barthes, Jacques Derrida. Eles têm a tarefa de recrutar o corpo docente da nova faculdade. Foucault, por intermédio de Georges Canguilhem, é indicado para dirigir o Departamento de Filosofia. A notícia causa um mal-estar geral entre os esquerdistas, pois além de Foucault não ter participado do maio de 68, ele também é considerado um gaullista.

A questão é que Foucault assume o Departamento de Filosofia e, durante os dois anos nos quais fica na Universidade de *Vincennes*, trata de reunir a sua volta o que considera que a Filosofia tem de melhor na França. Inicialmente solicita Deleuze, mas este teve que recusar devido ao seu estado de saúde. Após solicita Michel Serres, que atende ao chamado imediatamente. Em seguida, Foucault vai à procura dos alunos de Althusser e Lacan, mas muitos estão prestando serviço militar. A filha de Lacan, Judith Miller, Alain Badiou, Jacques Rancière, François Regnault, Henri Weber, Étienne Balibar, François Châtelet são solicitados, entre outros.

Em dezembro de 1968, a Universidade de Vincennes abre as portas e, no dia 23 de janeiro do ano seguinte, o comitê de ação do *Liceu Saint-Louis* resolve projetar filmes sobre maio de 68 durante uma reunião. A reitoria proíbe e solicita que seja cortada a energia elétrica, para que a reunião não ocorra. Mais de 300 alunos entram com um gerador, e o filme é projetado. Em seguida, saem em passeata e um comício é organizado. Uma palavra de ordem é feita: ocupação da reitoria. Os estudantes e alguns professores invadem também a faculdade, tudo serve: mesa, cadeira, armários, etc. À noite a polícia intervém e estudantes e professores são levados ao centro de controle da polícia parisiense – Beaujon. Foucault e Daniel Defert estão entre os últimos a serem interrogados, os olhos ainda vermelhos por causa do gás. Como os demais, Foucault é liberado ao amanhecer.

Em janeiro de 1970, o ministro da Educação, Olivier Guichard, denuncia o caráter marxista-leninista do ensino de Filosofia no ano de 1968-1969 e resolve suprimir a habilitação nacional dos diplomas concedidos por *Vincennes* nessa disciplina, ou seja, os estudantes não poderão se apresentar aos concursos de

recrutamento do ensino secundário. Outra questão curiosa, Foucault está na direção do Departamento de Filosofia que apresenta um programa de cursos que é considerado de caráter marxista-leninista. Fica a interrogação: Como Foucault pode ser considerado contra Marx, contra o marxismo, contra os marxistas e aprovar um programa de caráter marxista-leninista, a ponto de correr o risco da habilitação nacional do curso ser suprimida? Colocar Marx e Foucault em polos antagônicos parece-nos, no mínimo, um devaneio falacioso!

Foucault, como diretor do Departamento de Filosofia, defende que, sendo o objetivo estudar o mundo contemporâneo, o departamento não poderia deixar de ser uma reflexão sobre a política. Dias mais tarde, na entrevista intitulada "Le piège de Vincennes", publicada no dia 9 de fevereiro de 1970, no *Le Nouvel Observateur*, Foucault questiona como dar cursos desenvolvidos e diversificados com 950 alunos para oito professores e problematiza o que é a filosofia e em nome de quem, de que texto, de que critério, de que verdade rejeitam o que fizeram até então. E passando à contraofensiva, polemiza que o essencial do discurso do ministro não são as razões que ele apresenta e, sim, a decisão que ele quer tomar. Decisão clara: os estudantes que tiverem cursado *Vincennes* não terão o direito de lecionar no secundário. E Foucault (1970) problematiza acerca do que a filosofia tem de tão perigoso que é preciso tanto cuidado para protegê-la? E o que há de tão perigoso em *Vincennes*?

E a essas alturas Foucault já estava enfastiado. O diretor do Departamento de Filosofia, que age com desembaraço na contestação esquerdista e nas manifestações diárias, parece estar traumatizado com a experiência em *Vincennes*. Alguns defendem que Foucault, ora foi visto com barra de ferro prestes a atacar comunistas, ora foi visto atirando pedras em policiais. A questão é que ele várias vezes alega, entre amigos, estar farto e lhe agrada a ideia de sair de Vincennes onde, aliás, sempre soube que teria uma presença transitória. Neste mesmo ano, cumpre os rituais de ingresso no *Collège de France*, deixando o Departamento de Filosofia nas mãos de François Châtelet.

Justamente em 1970, exatamente no dia 2 de dezembro, Foucault realiza a Aula Inaugural[4] no *Collège de France*. Ele tinha 43 anos e, depois de uma

[4] Aula Inaugural significa abertura de um ensinamento, o lugar onde Foucault mostra todos os recursos de seu saber, trabalho e talento pedagógico diante das multidões, sempre numerosas e ardentes, que se encontram na sala 8 e nas salas sonorizadas.

carreira[5] dividida entre cidades e distribuída de um cargo a outro, Foucault liga-se a um glorioso instituto de saber, no coração de Paris. Pouco tempo depois, publica a aula na íntegra sob o título *A ordem do discurso*.

O *Collège de France* é uma instituição de ensino que se utiliza de uma metodologia própria. Não há uma relação de diálogo entre professor e alunos. Os alunos comparecem à instituição somente num encontro semanal, atuando como ouvintes. Em entrevista concedida em 1975, reportagem sobre os grandes professores das universidades francesas, Foucault declara que quando a aula não foi boa, bastaria uma pergunta para consertar tudo, mas essa pergunta nunca vem e alega ter uma relação de ator ou de acrobata. E quando termina de falar há uma sensação de completa solidão. A relação teatral que Foucault anuncia advém da tradição da instituição de ensino a que estava ligado. É importante frisar que no Collège de France

> O professor deve apresentar na aula uma pesquisa, “a ciência se fazendo”, segundo a fórmula de Renan. Com a obrigação de inovar todos os anos. Assim, Foucault expõe o material sobre o qual trabalha, formula as hipóteses sobre as quais reflete. Isso se tornará *Surveiller et punir* ou *La volonté de savoir*, ou ainda a parte final de sua *Historie de la sexualite*. De qualquer forma essa atividade magisterial exige um trabalho de preparação muito grande. E nos últimos anos de sua vida ele muitas vezes falará de sua vontade de acabar com esse fardo que cada vez lhe pesa mais e mais. (ERIBON, 1990, p. 207).

Embora Foucault demonstre um enorme cansaço pela dura rotina da instituição, permaneceu nela até sua morte. E, justamente no período em que esteve ligado a ela, torna-se uma figura pública, sendo fartamente mencionado por seus livros, suas crônicas e outras produções acadêmicas e extra-acadêmicas. Talvez, daqui, nasça a tão conhecida frase: *Foucault como pãezinhos,*[6] ramerrão em capa de revistas e jornais parisienses.

---

[5] A palavra *carreira* reporta às diferentes instituições educacionais ou atividades relacionadas ao ensino, em que o professor Foucault esteve envolvido profissionalmente até ingressar no *Collège de France*. Para saber mais acerca do professor Foucault, sugerimos a obra *Michel Foucault (1926-1984)*, de Didier Eribon. Esta constitui-se numa biografia da vida e obras de Foucault, trazendo trechos de livros, fotos, documentários, dentre outras tantas informações pertinentes. A terceira e última parte da obra intitulada *Militante e professor no Collège de France* é bastante sugestiva para aprofundar a questão do Foucault professor.

[6] Nome dado ao artigo que o jornal *Le Nouvel Observateur* dedicou às melhores vendas de 1966. Em agosto e setembro de 1965, Foucault vem ao Brasil e, em São Paulo, entrega a Gérard Lebrun

Na década de 70, Foucault faz acreditar piamente que cada um dos seus interlocutores é o único com quem mantém relação privilegiada, resultando em perspectivas deformadas nas relações desta época. Isso acaba justificando que, em Foucault, tudo se confunde, se imbrica, se mistura quando é preciso situar determinado fato no tempo ou numa sequência que lhe dê sentido. Nesta época, o filósofo se divide entre as manifestações (militância) e as assembleias, aulas e os seminários no *Collège de France*. As escolhas de Foucault parecem causar uma certa perturbação em alguns colegas professores. Num dia de 1971, uma ligação é feita a Georges Dumézil na qual um professor declara estar apavorado com as atitudes espalhafatosas de Foucault. Dumézil sugere ao professor que se acalme e defende que a recepção de Foucault na instituição de ensino foi uma ação sensata.

Foucault assume uma postura diferenciada da maioria dos demais professores do *Collège de France*. Isso causa um certo desconforto. Afinal, assim como não há um único Marx,[7] não há apenas um Foucault! O filósofo assume máscaras e sempre as muda. Como se não bastasse, proprõe seu próprio pensamento como um percurso cheio de idas e vindas, trazendo uma enorme insegurança. Não há como situar Foucault, não há como resumi-lo a uma posição política ou ideológica. Seu pensamento é complexo e mutável. Se adentrarmos o envolvimento político do filósofo,

> há um conjunto de problemas comuns à história de Foucault e a sua meta-história que gera um dilema para o seu compromisso intelectual com a esquerda. O dilema pertence a uma situação mais geral dos intelectuais franceses, atribuída ora a uma desvalorização do pensamento marxista, a um declínio no espírito oposicionista simbolizado por 1968, a um "fim da ideologia" ou mesmo à vitória socialista, resultando daí que já não pode ser admitido como ponto pacífico que um intelectual é automaticamente de *gauche*. (RAJCHMAN, 1987, p. 40).

Mais tarde, acerca dos socialistas, Foucault se ressente e silencia. A tal ponto que acaba ironizando entre os amigos que quando quis se pronunciar, em

---

um manuscrito para revisão. Este constitui-se na obra publicada em abril de 1966 intitulada *Les mots e les choses* que, por surpresa do próprio autor e editor, é um enorme sucesso.

[7] Para Bobbio (2006, p. 304), "existem muitos Marx e de que, à distância de mais de um século, não dá para salvar a todos eles nem para jogá-los todos fora", a isso o autor chama de "dissociação" a qual a recuperação se dá diante à dissociação dos vários Marx: o economista, o historiador, o sociólogo, o filósofo, dentre outras faces do personagem Marx.

dezembro de 1981, disseram para calar a boca. E quando ele se cala o silêncio espanta. O que significa, para Foucault, uma única coisa: só concedem o direito à palavra se concordar com eles. No verão de 1983, Foucault publica um livrinho intitulado *A cabeça dos socialistas*, como resposta às críticas a seu silêncio, defendendo que aos socialistas falta a arte de governar. Isso justifica não somente alguns dos cursos proferidos no *Collège de France* acerca da arte de governar, mas também o recuo na História proposto nos últimos volumes da *História da sexualidade*.

Outra questão bastante curiosa depois que Foucault se distancia da fase esquerdista, é que mantém as amizades feitas naquela época, com exceção de uma, que para Eribon constituia-se em uma das mais antigas e mais verdadeiras: a amizade com Gilles Deleuze, que nasce em 1962, em Clermont-Ferrand, à sombra de Nietzsche e não sobrevive à reorganização de suas opções políticas após 1975. Amizade que foi mantida durante anos e, inclusive, muitas vezes manifestada na troca afetuosa de publicações cruzadas e elogios de um ao outro.

Pouco antes de morrer, um dos desejos de Foucault era justamente reconciliar-se com Deleuze. Falava muito com seus amigos, especialmente com Paul Veyne a quem alegava com frequência que Deleuze era o único espírito filosófico da França. Parece que o desejo de reconciliação era recíproco. Deleuze acaba recitando um trecho[8] do Prefácio da obra *O uso dos prazeres*, de Foucault no pátio do hospital Pitié-Salpêtrière, onde Foucault foi internado no dia 9 de junho de 1984 e falece no dia 25 do mesmo mês, aproximadamente às 13h 15 min. Na tarde de 29 de junho, horas após a homenagem de despedida de Deleuze, o caixão é sepultado no modesto cemitério de Vendeuvre.

[8] Foucault (1984, p. 13): "De que valeria a obstinação do saber se ele assegurasse apenas a aquisição dos conhecimentos e não, de certa maneira, e tanto quanto possível, o descaminho daquele que conhece?"

Considerações finais

Foucault sempre permaneceu atento a Marx à sua maneira. Com isso, não defendemos que ele foi ou deixou de ser um marxista[9] tampouco que não o era. A questão que interessa é clara: Foucault fez uso do pensamento de Marx e no fim da vida admite que poderia ter evitado muitos erros através de uma leitura precoce da Teoria Crítica, situando seu próprio pensamento numa tradição voltada para a ontologia do presente, saindo de Kant e Hegel, via Nietzsche e Weber, até a Escola de Frankfurt.

Parece-nos que Marx e Foucault não são filósofos para todas as estações. Embora seja sabido que o pensamento de ambos foi, e é, utilizado em longa escala, eles não servem para tudo! Mesmo sabendo que não propusseram nenhum tratado educacional, os filósofos apresentam pistas que contribuem na problematização de questões que, embora atuais, constituíram-se historicamente e trazem arraigadas um modelo moderno, questionado e discutido incansavelmente sob diferentes aspectos: econômicos, sociais, culturais e demais possíveis.

No que tange à relação entre Marx e Foucault, sobretudo o marxismo, percebemos que este último autor tem uma visão clara da diferença existente entre a pessoa Marx e seu pensamento, o marxismo e os marxistas. Talvez daí venham o espanto e o choque, de Foucault, ao perceber que desde o início foi considerado um inimigo pelos marxistas.

Referências

BOBBIO, Norberto. *Nem com Marx, nem contra Marx*. São Paulo: Ed. da Unesp, 2006.

CASTRO, Edgardo. *Vocabulário Foucault*: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.

DIAS, Sousa. *Grandeza de Marx*: por uma política do impossível. Lisboa: Assírio & Alvim, 2011.

ERIBON, Didier. *Michel Foucault*, 1926-1984. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

[9] Afinal, como rotular um escritor como Foucault que passou a vida tentando não ser capturado por classificações? Talvez o que estejamos realmente tentando é, de certa forma, trazer à tona alguns detalhes da vida do autor que, ao invés de repelir o pensamento de Marx, conforme nos é dito, começa a questionar se Foucault não estava justamente tentando fazer do marxismo uma ciência, coisa que outros marxistas não fazem ao dizer "Amém" aos escritos de Marx.

FOUCAULT, Michel. A armadilha de Vincennes. In: MOTTA, Manuel Barros da (Comp.). *Arte, Epistemologia, Filosofia e História da Medicina*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

FOUCAULT, Michel. Entrevista sobre a prisão: o livro e o seu método. In: MOTTA, Manuel Barros da (Comp.). *Estratégia, Poder-Saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Le piège de Vincennes*. Paris: Le Nouvel Observateur, 1970.

FOUCAULT, Michel. Le jeu de Michel Foucault. In: Ornicar? *Bulletin périodique du champ freudien*, n. 10, p. 62-93, jul. 1977.

FOUCAULT, Michel. *O uso dos prazeres*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

HARDT, Michael. O comum no comunismo. *Revista Imprópria: política e pensamento crítico*, Lisboa: Unipop, 2012.

LEMKE, Thomas. Foucault. Governmentality and Critique. Disponível em: <http://www.andosciasociology.net/resources/Foucault$2C+Governmentality$2C+and+Critique+IV-2.pdf>. Acesso em: 3 out. 2016.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia Alemã*: teses sobre Feuerbach. São Paulo: Ed. Moraes, 1987.

POSTER, Mark. Foucault. *Marxism and History*: made of production versus made of information. Polity Press, Cambridge, in association with Basil Blackwell, Oxford: Editorial Office, 1984. Disponível em: <http://www.humanities.uci.edu/mposter/books/>. Acesso em: 27 jun. 2016.

RAJCHMAN, John. *Foucault:* a liberdade da filosofia. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1987.

ROUANET, Sérgio Paulo. A gramática do homicídio. In: FOUCAULT, M. et al. (Comp.). *O homem e o discurso*: a arqueologia de Michel Foucault. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

VALEIRÃO, Kelin. *Marx e Foucault*: ideologia como política da vida. São Paulo: NEA-A, 2015.

VEYNE, Paul. *Como se escreve a história*: Foucault revoluciona a história. Brasília: Ed. da UnB, 1998.

11
O neoconstitucionalismo e a permanente tensão com o Estado de Direito[#]

Marcelo Nunes Apolinário[*]

Introdução

O presente ensaio busca, num primeiro momento, descrever e explicar o fenômeno neoconstitucionalismo. Numa etapa mais avançada, o trabalho pretende apontar algumas críticas e contradições que podem ser verificadas, no âmbito da teoria neoconstitucional. Essas críticas vão ao encontro do constante tensionamento existente entre as bases teóricas do neoconstitucionalismo com os elementos fundamentais que norteiam os pilares de sustentação do Estado de Direito.

Ainda que haja diversas opiniões acerca de quais foram as teorias e os movimentos jurídicos mais importantes, desde o advento da promulgação da Constituição de 1988 no Brasil, dúvida alguma restará com relação ao fato de que o fortalecimento do neoconstitucionalismo foi um dos acontecimentos mais observados da teorização e aplicação do Direito Constitucional, nas últimas décadas. Por óbvio, em razão da complexidade do fenômeno, não existe apenas uma definição do que vem a ser o neoconstitucionalismo. Muitos autores divergem fortemente sobre as concepções, características e perspectivas acerca do movimento neoconstitucionalista, de modo que, não raramente, costuma-se utilizar o termo no plural *neoconstitucionalismo(s),* para tentar compreender de forma mais elaborada mencionado fenômeno. Mesmo assim, podem ser encontrados alguns elementos que servem essencialmente à natureza da teoria: maior utilização dos princípios em detrimento das regras jurídicas; maior

[#] Esse texto é uma versão revisada do capítulo intitulado "Reflexões sobre as razões e contradições do neoconstitucionalismo a partir dos postulados do Estado de Direito" publicado na obra *Estudos em Teoria do Estado e Constituição*. In: SGARBOSSA Luis Fernando; IENSUE, Geziela (Org.). Campo Grande: Instituto Brasileiro de Pesquisa Jurídica, 2018.

[*] Doutor em Derechos Fundamentales pela Universidad Autónoma de Madrid. Pós-doutorando em Direito pela Universidad Autónoma de Madrid. Professor Adjunto da Faculdade de Direito UFPel. Professor das disciplinas Hermenêutica Jurídica e Teoria da Constituição (Graduação). Professor das disciplinas Teoria dos Direitos Fundamentais e Constituição e Estado Social (PPGD Mestrado em Direitos Sociais UFPel). *E-mail* marcelo_apolinario@hotmail.com

utilização do critério da ponderação em vez da subsunção; supremacia do Poder Judiciário, diante dos demais poderes constituídos (Executivo e Legislativo); maior ênfase na aplicação do(s) texto(s) (ou valor(es)) constitucional(is) em substituição às leis.

O neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que eclodiram, após a Segunda Guerra Mundial, principalmente a partir da década de 70 do século passado. Trata-se de textos constitucionais que não se limitam a estabelecer simplesmente a forma, a organização e a estruturação do Estado, senão que contêm muitas normas materiais e procedimentais que condicionam a atuação do Estado, por intermédio de comandos que determinam o alcance de certos fins e objetivos. Ademais, ficou redefinido o lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional sobre as instituições políticas e jurídicas. A aproximação dos ideais, pautados no constitucionalismo e na democracia do pós-guerra produziu uma nova forma de organização político-institucional, que tem diversas nomenclaturas: Estado Constitucional de Direito, Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional Democrático, Estado Constitucional. Exemplos significativos deste modelo de Constituição são a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978, a brasileira de 1988 e a Colombiana de 1991.

O neoconstitucionalismo, contudo, em sua angústia de reconstruir a teoria jurídica, com base em princípios e valores, desloca a legalidade a um plano acessório, passando a se importar inexoravelmente com o teor das decisões judiciais. Nesse contexto, o que se busca é um panorama pautado estritamente em mecanismos que possibilitam aos juízes realizarem revoluções sociais, independentemente da política convencional, o que obviamente só é possível, se o Poder Judiciário não estiver subordinado às regras jurídicas, sejam elas constitucionais e/ou legislativas. Produziu-se, então, uma teoria constitucional totalmente abrangente e praticamente ilimitada, que influencia substancialmente, direta ou indiretamente, o modo de ver e de aplicar todas as demais normas do ordenamento jurídico, transformando toda matéria jurídica em matéria constitucional. As ferramentas para o alcance desses objetivos já são conhecidas e encontram-se consagradas no imaginário do senso comum dos intérpretes e aplicadores do direito: princípios, valores, ponderação, direitos fundamentais, ativismo judicial e judicialização da política. O percurso traçado

para o alcance da justiça faz com que o neoconstitucionalismo se afaste gradativamente dos pilares idealizadores do Estado de Direito, uma vez que torna a efetividade das normas jurídicas mais imprecisas e deixa a atividade jurisdicional menos previsível.

A pesquisa, de caráter qualitativo, foi realizada com base em notáveis referenciais bibliográficos, oferecendo o suporte necessário para a compreensão de conceitos, teorias, exercício e estruturação do fenômeno chamado neoconstitucionalismo.

Assim, numa primeira abordagem, observar-se-á de que modo os fundamentos e os conceitos acerca do neoconstitucionalismo foram se consolidando no âmbito da teoria do Direito Constitucional. Logo num segundo momento, serão abordadas as principais consequências do neoconstitucionalismo no cenário político-jurídico nacional e por vezes estrangeiro, para, por fim, buscar compreender se a doutrina neoconstitucionalista dialoga com as premissas básicas de sustentação do Estado de Direito.

1 O neoconstitucionalismo como movimento doutrinário e como mecanismo de interpretação da contemporânea teoria constitucional

O movimento doutrinário intitulado neoconstitucionalismo resulta de uma gama de formulações teóricas surgidas no contexto europeu, a partir de uma proposta pautada na releitura dos dogmas constitucionais tradicionais, com a finalidade de construir um novo constitucionalismo. Esse novo constitucionalismo foi fundado a partir da ideia de que as constituições deve(ria)m assumir novas funções no espectro jurídico e político, tornando a jurisdição mais efetiva, no afã de reconhecer e concretizar valores constitucionais vinculados à dignidade humana, bem como de aplicar as normas tangentes à efetivação dos direitos fundamentais.

A partir da publicação em 2003 da obra coordenada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell sobre o(s) neoconstitucionalismo(s), o assunto tem sido debatido não só no ambiente acadêmico brasileiro, mas sobretudo no âmbito dos Tribunais. Antes mesmo, autores da envergadura de Robert Alexy (2017), Ronald Dworkin (2006), Gustavo Zagrebelsky (2009) e Carlos Santiago Nino

(2010) já haviam desenvolvido teorias constitucionais complexas que contribuíram consideravelmente para a compreensão acerca do papel dos juízes nas democracias contemporâneas. Surpreendentemente, esses autores não compartilham as mesmas ideias, tampouco dos mesmos pressupostos teóricos, nem mesmo se intitulam neoconstitucionalistas ou adeptos desta corrente. Mesmo assim, a expressão teve notável receptividade na doutrina nacional. Percebe-se, também, que a mudança de postura de vários Tribunais Constitucionais, desde meados do século XX, tem provocado maior intervenção judicial na vida política e social, de modo a criar uma atmosfera favorável capaz de atrair cada vez mais adeptos a esse movimento.

O surgimento de um novo discurso no terreno do Direito Constitucional decorre de um conjunto significativo de transformações jurídico-políticas, principalmente no que diz respeito à passagem do Estado Liberal para o Estado Constitucional de Direito. A mudança no desenho institucional-estatal é demonstrada pela considerável ampliação do rol de direitos fundamentais e de valores morais, localizados agora no vértice de todo o sistema normativo, que é a norma constitucional. Dessa forma, modificam-se tanto a tarefa legislativa quanto a judicial. A atividade jurisdicional não se restringe a uma aplicação dedutivista da Lei, pois o dogma do império da Lei é automaticamente substituído pelo império da Constituição, cuja muralha está sob a proteção dos Tribunais Constitucionais. (LEITE; TEIXEIRA, 2017, p. 54).

Desse modo, o neoconstitucionalismo apresenta-se como um novo paradigma pautado na prática dos Tribunais. Para Sarmento (2009), o foco está nos juízes que passam a ser concebidos como guardiães das promessas civilizatórias contidas nos textos constitucionais. Nesse sentido, o que se pretende é alcançar o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da sociedade pela via judicial.

Assim, o neoconstitucionalismo de base europeia está fortemente impregnado pela compreensão de que as constituições representam, acima de tudo, valores que auferem normatividade à condição humana. O neoconstitucionalismo, enquanto resposta aos regimes totalitários que resultaram no holocausto, oferece um conjunto de mecanismos de interpretação e aplicação do direito, que introduz critérios materiais quanto à aferição da validade do Direito. A caracterização do Direito, a partir de uma dimensão

axiológica e principiológica, passa pela distinção pós-positivista estabelecida entre as distintas modalidades normativas, tais como as regras e os princípios. A teoria constitucional do pós-Segunda Guerra Mundial, observa os princípios como espécie do gênero norma. Nesse cenário, o Direito converte-se em sistema aberto constituído por regras e princípios, sendo a Constituição o espaço preferencial para o aprofundamento dos princípios. Os princípios, nessa nova conjuntura, adquirem função completamente distinta daquela desempenhada pelos chamados princípios gerais do direito no positivismo tradicional. Para o pós-positivismo, os princípios constitucionais devem ser reconhecidos como norma jurídica, dotados de valor normativo próprio, não se resumindo a disposições ideológicas desprovidas de força normativa. (LEITE; TEIXEIRA, 2017, p. 54-55).

Mostram-se também relevantes os apontamentos de Susanna Pozzolo (2006), ao destacar que a doutrina neoconstitucional não deixa de ser uma política constitucional baseada em um modo específico de interpretação, que decorre do modelo prescritivo de Constituição, que exige a utilização da técnica hermenêutica pautada na ponderação de princípios e valores, convertendo-se em uma prática que altera ou redefine o objetivo jurídico interpretado.

Nessa esteira, o neoconstitucionalismo pode ser considerado um método de interpretação da prática jurídica, a partir da perspectiva dos juízes, em que a Constituição – editada após o restabelecimento do regime democrático – é tida como uma norma substantiva, composta por princípios, que exige do intérprete o manuseio de técnicas especiais, notadamente a ponderação. Em outras palavras, o neoconstitucionalismo é um modo específico de enxergar o Direito, no qual se valoriza o papel dos juízes, na concretização das promessas trazidas pelo texto constitucional, sendo inequivocadamente uma teoria que busca influenciar o comportamento dos atores jurídicos. (GALVÃO, 2014, p. 59).

Não obstante, Barroso (2013, p. 190-197) sustenta que as vigas mestras da doutrina neoconstitucionalista foram construídas com base em três elementos considerados propulsores da mudança paradigmática, no âmbito do Direito Constitucional: a) o marco histórico: o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e Itália, cujas características principais foram a criação de textos constitucionais com alta carga axiológica e a criação de Tribunais Constitucionais; b) marco filosófico: com o enfraquecimento do

formalismo jurídico, surge a cultura pós-positivista, consubstanciada na adoção de uma postura interpretativa que busca ir além do direito posto, para fazer uma leitura moral do direito pela via principiológica, pelo incremento da razão e pelo desenvolvimento de uma teoria de reconhecimento e efetividade dos direitos fundamentais; c) marco teórico: nesse plano, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do Direito Constitucional Contemporâneo, quais sejam: o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática constitucional.

Por fim, pode-se constatar que o neoconstitucionalismo apresenta as seguintes características: a) rigidez constitucional; b) garantia jurisdicional da Constituição; c) a aplicação direta das normas constitucionais e interpretação das leis, conforme o texto e os valores constitucionais; d) o reconhecimento constitucional de um extenso e nutrido elenco de valores substantivos – já não apenas formais ou procedimentais – cuja vigência sujeita-se à validade das leis ordinárias; e) a ampliação dos direitos fundamentais da pessoa, que agora constituem uma totalidade tão abrangente e ambiciosa, que resulta inevitável o surgimento de antinomias e colisões (não mais lacunas), pelos quais os direitos assim declarados e reconhecidos atuam mais como princípios que como regras, em sentido estrito; f) um conceito mais sofisticado e profundo de Estado de Direito, que já não limita os agentes públicos à estrita obediência das leis, mas que pressupõe a garantia jurisdicional de um amplo leque de direitos individuais; g) a subordinação da interpretação constitucional a valores e fins dos poderes públicos, que não necessariamente estejam declarados no texto constitucional, senão também os exigidos pela realidade social e pelo propósito que aspira a cumprir o ordenamento jurídico em seu conjunto; h) a relevância dos valores e dos princípios como categorias de especial importância, no âmbito das normas jurídicas (PEÑA; AUSÍN, 2016, p. 11-13); i) a técnica da ponderação como método capaz de eliminar prováveis conflitos entre valores e princípios constitucionais, assim como entre direitos fundamentais e direitos constitucionais reconhecidos nas cartas fundamentais. (ALEXY, 2017).

2 As consequências do neoconstitucionalismo no contexto da teoria constitucional contemporânea

Dentre as principais consequências do fenômeno neoconstitucionalista, encontram-se a força normativa e vinculativa da Constituição, o (re)encontro entre o direito e a moral e a expansão da jurisdição constitucional nas sociedades democráticas.

2.1 A força normativa da Constituição

Uma das grandes transformações políticas, ocorridas ao longo do século XX, foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Restou superado o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento de natureza eminentemente política. Prevalecia a vontade do legislador ou a discricionariedade do agente executivo. Ao Poder Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. Nos dias atuais, passou a ser premissa do estudo constitucional o reconhecimento de suas disposições, ou seja, as normas constitucionais passaram a ser dotadas de imperatividade. O debate sobre a força normativa da Constituição chegou no Brasil, em meados dos anos 80, com a redemocratização, bem como a doutrina e a jurisprudência, que foram produzidas a partir da promulgação da Constituição de 1988. (BARROSO, 2013, p. 193-194).

Essa temática se concretiza mediante a ideia de que as normas constitucionais são plenamente aplicáveis e obrigam seus destinatários a cumpri-las. O processo de constitucionalização do Direito supõe dotar de conteúdo normativo todas as disposições contidas na Carta Magna. No entanto, sua força normativa dependerá da forma pela qual as disposições estejam redigidas, dos alcances interpretativos concedidos pela jurisdição constitucional e dos inúmeros exercícios analíticos realizados pelos teóricos. Além disso, destaca-se que as normas constitucionais são, antes de qualquer coisa e sobretudo, normas jurídicas de aplicação imediata e vinculantes, e não apenas simples programas de ação política ou catálogo de recomendações aos Poderes Públicos. (CARBONELL, 2010, p. 160).

No entanto, por mais que o reconhecimento da força normativa da Constituição seja em tese inquestionável (HESSE, 1991), convém salientar que, no marco do constitucionalismo dos direitos, a Constituição não se concebe em absoluto como um exercício de retórica política ou como expressão de catálogo de boas intenções, senão como uma norma jurídica com a mesma vocação de qualquer outra; dito de outro modo, não com a mesma, mas com uma força superior e indiscutível, pois a Constituição ostenta o rótulo de norma suprema. O Estado (neo) constitucional postula a força normativa da Constituição, concebida metaforicamente como um pacto originário nascido do Poder Constituinte e vinculante para todos, mas muito especialmente para os poderes constituídos. (PRIETO SANCHÍZ, 2013, p. 25). Ademais, "a constitucionalização do direito é produto da sobreinterpretação, pois toda decisão judicial é uma interpretação constitucional de alguma forma". (GALVÃO, 2014, p. 107).

A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar a pretensão de eficácia. (HESSE, 1991, p. 16). Hesse busca harmonizar realidade com normatividade constitucionais, já que a Constituição não pode perder a sua natureza deontológica.

Em razão de sua incidência aberta à interpretação constitucional, já que toda decisão deve orientar-se para atender fins constitucionais, os princípios, nesse contexto, possuem mais relevância do que as regras. A abstração dos princípios pode ser considerada uma vantagem para o sistema, pois permite a sua concreção por intermédio de uma interpretação judicial criativa e quiçá condizente com a realidade fática de um determinado momento histórico. Levando em conta a abertura e a quantidade exacerbada de princípios, não raras vezes antagônicos entre si, o intérprete necessariamente deverá realizar o juízo de ponderação, decidindo, dessa forma, qual princípio deve prevalecer e qual deve ser afastado no caso concreto. (MOREIRA, 2008, p. 94-95).

Se o positivismo clássico de outrora esteve sustentado na Lei, agora a validade da norma jurídica depende da Constituição. Esta validade é retirada – direta ou indiretamente, via interpretação – do texto constitucional. (FERRAJOLI, 2002).

2.2 A interpretação do direito a partir do texto constitucional: o imperialismo da moral a partir da prevalência dos princípios sobre as regras jurídicas

Conforme Pozzolo (2012), os adeptos do neoconstitucionalismo compartilham a ideia de que a presença e a utilização dos princípios ensejam uma interpretação moral da Constituição por parte dos magistrados, permitindo-lhes moldar as relações sociais, de modo que se alcancem índices satisfatórios de justiça. A partir dessa concepção, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo permite a possibilidade de se modificar a sociedade por intermédio do Poder Judiciário, o que pode tornar a ciência do Direito ainda mais incerta. A configuração da Constituição nos parâmetros neoconstitucionalistas, retira a tarefa das escolhas políticas das mãos dos legisladores, aumentando o poder da jurisdição constitucional. Desse modo, cria-se o risco da instauração de um assim chamado governo dos juízes.

O Poder Judiciário, portanto, tem o condão de influir e alterar o estado de coisas. Ao incentivar maior participação do Poder Judiciário, por meio de interpretações mais criativas, está subentendido que se considera aceitável a maior participação dos Tribunais, na construção política da sociedade. A ideia de Constituição viva, com o propósito de ser integrativa, adaptativa, criativa, permanente e progressivamente dotada de característica juspolíticas, concorre para que se produza, invariavelmente, a partir das Cortes Constitucionais, constantes e muitas vezes desenfreadas mutações constitucionais. (GALVÃO, 2014, p. 61). A adoção de métodos mais flexíveis e abertos na hermenêutica jurídica, bem como a valorização dos princípios e a utilização dos critérios de ponderação, é mecanismo que interfere na realidade social. (SARMENTO, 2009, p. 109).

Portanto, os princípios se apresentam como ferramentas que justificam a aplicação moral dos direitos fundamentais, servindo como trunfos contra decisão majoritária. Nesse sentido, Dworkin (2006 e 2010) entende que as normas constitucionais mais importantes estabelecem princípios que impõem limites à atuação estatal, fazendo com que o intérprete realize uma leitura moral da Constituição, para identificar e zelar pelos direitos dos cidadãos.

Para os neoconstitucionalistas, a vontade do agente competente possui uma larga margem de decisão, mas esse contexto pode ser limitado por uma série de restrições valorativas. Ele pode optar por diversas escolhas, mas não

qualquer escolha, deve respeitar as valorações objetivas. Assim, haverá, em consequência dessa premissa, uma vinculação necessária entre o direito e a moral. Essa vinculação, contudo, não aproxima o neoconstitucionalismo do direito natural. Para este, a vinculação decorre de uma subordinação do Direito ao campo da moral. Consequentemente, as normas jurídicas, que se opuserem às normas morais, deverão ser declaradas inválidas. Para o neoconstitucionalismo, inexiste tal subordinação, uma vez que as exigências morais, que restringem a competência dos agentes normativos, integram o próprio sistema normativo vigente, sendo, portanto, normas jurídicas. Nesse sentido, os princípios são assumidos pelo neoconstitucionalismo como positivados, expressa ou implicitamente no texto constitucional. Pressupõe-se, não obstante, que o texto constitucional incorpora uma ordem objetiva de valores. Para o neoconstitucionalismo, a moral crítica não é externa ao Direito, muito pelo contrário, é inerente a ele e pode servir de parâmetro para melhor adaptá-lo. (MARTINS, 2017, p. 23-24). De fato, se a Constituição deve ser encarada como norma superior, "e esta vem formada por princípios morais, a conformidade com a Constituição transforma-se em conformidade com a moral. É válido o que for justo, é direito o que for moral". (BARZOTTO, 2015, p. 174).

Em razão do surgimento de um direito principiológico, responsável por tornar a ordem jurídica mais versátil, haveria a necessidade de adotar uma metodologia interpretativa menos severa do ponto de vista da lógica dedutiva. As colisões entre princípios não poderão ser solucionadas pelos critérios tradicionais, tais como o hierárquico, cronológico e da especialidade. Elas demandariam um apelo a juízos práticos, fazendo do critério da ponderação um instrumento de extensa utilização no equacionamento de conflitos dessa magnitude. (LEITE; TEIXEIRA, 2017, p. 58).

As práticas neoconstitucionais apostam veementemente na jurisdição constitucional para dar efetividade aos direitos fundamentais e aos princípios presentes nas novas Constituições, no âmbito do Estado Constitucional, assim como para controlar atos do demais poderes. Com isso, permite-se a criação de uma nova roupagem capaz de acomodar comportamentos ativistas. Se, por um lado, algumas de suas proposições estão vinculadas a uma cultura jurídica, que reconhece o valor das constituições nas democracias contemporâneas, por outro, podem conduzir a graves distorções no próprio contexto da dogmática

constitucional, bem como no âmbito das práticas decisórias. Nesse sentido, uma vez que se aceita a onipotência jurisdicional e considerando-se o fato de que os juízes podem decidir casos jurídicos, com base em princípios morais, eleva-se o risco de decisões judiciais extravagantes. (LEITE; TEIXEIRA,2017, p. 58).

Em segundo lugar, observa-se um grau considerável de manipulações em torno do conteúdo das normas constitucionais, para encobrir determinados valores individuais e até mesmo subjetivos, abrindo-se espaço para a criação de um número incomensurável de princípios supostamente embutidos de certos preceitos constitucionais. Sob o argumento de que o positivismo clássico é algo atrasado ou sob a fala de que não se deve aplicar a "letra fria" da Lei, identifica-se, muitas vezes, um princípio sem fundamentação constitucional que justificará a fundamentação da decisão, enfraquecendo o postulado da legalidade e da própria constitucionalidade, em decorrência de práticas decisórias incongruentes caracterizadas por um excesso abusivo de princípios. Logo, o abuso de princípios, conjugado ao uso exacerbado da técnica da ponderação, pode resultar numa estratégia para encobrir certos interesses subjetivos, corroendo gradativamente a força normativa da Constituição, paradoxalmente o eixo central de todo discurso neoconstitucional. (LEITE; TEIXEIRA, 2017, p. 59).

Assim, percebe-se que essa aproximação do Direito com a Moral representa um moralismo jurídico que permite o afastamento do direito posto, em favor de uma determinada ordem de valores. Nas palavras de Ramos (2010, p. 281), o neoconstitucionalismo, pautado no moralismo jurídico, não despreza o direito positivo, mas o descarta sempre que necessário, para que prevaleça a ordem objetiva de valores, tratando-se, em certa medida, de um jusnaturalismo mitigado, em que se propugna o distanciamento de categorias metafisicas ou do subjetivismo axiológico, para buscar, na racionalidade argumentativa ou na experiência histórica, um mínimo de objetividade ética, que autorize a superação do formalismo objetivo característico do direito legislado.

2.3 A expansão da jurisdição constitucional e o protagonismo do poder judiciário

Antes da Segunda Guerra Mundial, vigorava, em grande parte da Europa, um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da tradição inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da Lei como expressão da

vontade geral. Já no período pós-guerra, o movimento constitucional não trouxe apenas novas constituições, mas um novo modelo inspirado na experiência norte-americana, marcado pela supremacia da Constituição. Com a consolidação dessa ideia, a Constituição deixa de ser mero documento político, para ter força normativa vinculante, tendo-se presenciado, nos últimos anos, um vasto crescimento da atuação das Cortes Constitucionais, que passaram a se manifestar sobre temas ligados a questões políticas, morais, econômicas, ambientais, sobre a vida, a liberdade, dentre outras matérias. (HIRSCHL, 2006).

Muitos Estados europeus passaram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de Tribunais Constitucionais. Atualmente, na Europa, somente Reino Unido, Holanda e Luxemburgo mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem a aplicação de qualquer espécie de revisão constitucional. (BARROSO, 2013, p. 195). O que se pode considerar um crescimento da atuação jurisdicional, seja pela via da judicialização da política, seja pelo caminho do ativismo judicial, isto é, este movimento de intensificação da atividade judicial, que atualmente se percebe no contexto global, já foi vivenciado nos Estados Unidos, que, em razão disso, desde a consolidação do *judicial review* em 1803, produziu um numeroso acervo doutrinário problematizando as competências, funções e os limites do Poder Judiciário. (TASSINARI, 2013, p. 38-39).

Como já aludido, o período pós-guerra foi considerado um marco para o Direito no mundo todo, devido à necessidade de superação das atrocidades cometidas durante a existência de regimes totalitários. Percebeu-se a necessidade de romper toda a estrutura legislativa, que lhes atribuía legitimidade através do argumento de obediência a um formalismo extremamente rigoroso, de mera observação do procedimento apropriado para a confecção de leis. Deste modo, o fim da Segunda Guerra Mundial impulsionou uma rearticulação institucional, que buscava garantir o exercício de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, configurando-se, dessa forma, a transição do Estado Legislativo para o Estado Constitucional de Direito. A partir destas transformações, surge, então, a ideia de constitucionalismo democrático, que ensejou mudanças que atribuíram uma nova resposta à pergunta acerca do conceito de direito. Ou seja, este fato histórico não apenas proporcionou alterações substanciais na organização política dos Estados, mas também exigiu a

criação de novos parâmetros, para que se pudesse conceber o fenômeno jurídico que se afigurava sob um viés de materialidade. Tudo isso através de dois elementos estruturais: o reconhecimento da força normativa da Constituição e de seu caráter eminentemente prospectivo; e da inclusão de novos direitos e garantias fundamentais disponíveis aos cidadãos. (TASSINARI, 2013, p. 40).

Com esse cambio de paradigma, Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais, em grande parte do Planeta, passaram a desempenhar ao menos três funções. (BARROSO, 2013). A primeira delas é a função contramajoritária, que constitui um dos temas mais analisados pela teoria constitucional em vários países. Busca evitar a ditadura da maioria política contra interesses das minorias. Aqui a Corte desempenha um papel importante na limitação dos poderes políticos constituídos: Executivo e Legislativo. Em segundo lugar, as Cortes Constitucionais desempenham, também, um papel representativo. Este papel, que se tornou relevante no Brasil, tem sido largamente ignorado por grande parte da doutrina. Atualmente, os juízes estão ocupando uma posição de destaque, no âmbito da tomada de decisões das políticas públicas em todos os níveis da Federação. Em terceiro lugar, as Cortes são órgãos de vanguarda da soberania popular e da proteção dos direitos e das garantias fundamentais.

Nesse contexto, o Poder Judiciário assume caráter exacerbadamente político, muito devidamente pelo enfraquecimento da representatividade dos demais Poderes Constituídos e também pelo fato de estes não serem eficientes na concretização de direitos fundamentais. Na hipótese do controle de constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação e a Ação Declaratória de Constitucionalidade fazem dele um legislador negativo, ao passo que a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção o tornam um legislador ativo. Por isso, os preceitos contidos na Constituição permitem a observância do fenômeno da judicialização da política e, por conseguinte, certa supremacia judicial. Todavia, essa dinâmica não se concretiza sem a politização da justiça. O fenômeno da judicialização da política é produto das transformações ocorridas no cenário jurídico e que resultou num novo paradigma constitucional. Dito de outra maneira, um dos signos que demonstram a transição da concepção de Estado Social para o de Estado

Democrático de Direito caracteriza-se, essencialmente, pela tensão verificada do Executivo, em direção ao Judiciário. (STRECK, 2011, p. 190).

Não obstante, cumpre destacar que foi no contexto de vigência das Constituições mexicana de 1917 e alemã de Weimar de 1919, que se percebeu uma crescente participação do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas, na medida em que não apenas essas constituições, mas as que surgiram posteriormente passaram a inserir, em seus respectivos textos, objetivos, metas e diretrizes políticas, transformando em questões jurídicas uma gama enorme das questões políticas. (APOLINÁRIO, 2013, p. 36). Isso porque a nova conjuntura institucional da democracia política, trazendo à luz Cartas Constitucionais informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no terreno político. (TASSINARI, 2013, p. 32).

Portanto, a constitucionalização do direito transforma qualquer assunto em matéria jurídica, uma vez que, constitucionalizados, são passíveis de ser judicializados. Dessa forma, esse contexto de aposta no Judiciário, para a consecução dos objetivos constitucionais, gerou uma explosão da litigiosidade, ampliando drasticamente a quantidade de ações que chegam à apreciação das Cortes Constitucionais. Para Bercovici (2003, p. 118), as Constituições contemporâneas, ao preverem um rol extenso de princípios e possibilidades de conformação do ordenamento jurídico, favorecem o crescimento do papel e da atuação política do Tribunal Constitucional, que se autoconverte "senhor da Constituição".

3 O neoconstitucionalismo e a permanente tensão com os pressupostos do Estado de Direito

O movimento neoconstitucionalista vem sendo criticado por parcela considerável da doutrina nacional e estrangeira, em razão da falta ou escassa previsibilidade e/ou segurança jurídica que deve(m) ser pressuposto(s) essencial(is) do Estado de Direito. Os posicionamentos críticos em tese são formulados à ponderação, uma vez que se alega tratar-se de um método irracional de decisão jurídica, porque a decisão é ditada pelo aplicador do Direito, de acordo com a vontade do intérprete. Observa-se, também, que há a

clara substituição da vontade do legislador, eleito democraticamente, pela vontade do magistrado, que não é eleito pelo povo e, por fim, a substituição do governo das leis pelo governo dos juízes.

O neoconstitucionalismo, com a sua ânsia de (re)construir a teoria jurídica, com fundamento em valores e princípios, remete a legalidade a segundo plano, passando a se importar exclusivamente com a substância das decisões. Foca em mecanismos que possibilitam aos juízes realizarem transformações sociais independentemente da política majoritária, o que só é possível, se o Poder Judiciário não estiver subordinado às matérias legislativas. Desenvolveu-se, então, uma teoria constitucional de cunho totalizante, que influencia o modo de ver de todas as demais normas do ordenamento jurídico, transformando toda questão jurídica em questão constitucional. Os instrumentos para alcançar tal finalidade já são bastante conhecidos: princípios, valores, fins, ponderação, direitos fundamentais, etc. Esse passo contribui para que o neoconstitucionalismo se distancie dos ideais do Estado de Direito, já que, por um lado, torna as normas jurídicas mais fluidas e indeterminadas e, em contrapartida, deixa a atividade jurisdicional menos previsível. (GALVÃO, 2014, p. 310). Além do mais, a ideia que reside no cerne do conceito de Estado de Direito é a que o direito deve estar acima de todas as pessoas e de todas as instituições. A autoridade estatal deve ser exercida dentro de uma textura restringida por normas públicas. (WALDRON, 2003). Nesse sentido, Raz (2009) salienta que o Estado de Direito tem, como virtude, o fato de que essa concepção minimiza os perigos de os agentes públicos atuarem arbitrariamente, porque essa matriz estatal estabiliza as relações sociais e porque os cidadãos podem estabelecer planos e objetivos de vida a longo prazo, já que o sistema, em tese, aufere patamares aceitáveis de segurança institucional.

Em contrapartida, uma vez constatado esse arsenal de formulações que conferem maior liberdade aos juízes, o neoconstitucionalismo esqueceu-se de desenvolver uma teoria normativa que estabeleça parâmetros, de modo a indicar de que forma os juízes deve(ria)m decidir os casos que agora lhes são apresentados livres das amarras formais. Fala-se em reencontro com a moral, pois toda interpretação carrega consigo elementos de moralidade, mas essa questão ainda parece ser insuficiente. (GALVÃO, 2014, p. 310-311).

Assim, “quanto maior for a abstração e generalidade das regras jurídicas, mais tranquila será a sua compreensão, porém menos previsível será o seu conteúdo, pela falta de elementos concretos relativamente ao que é permitido, proibido ou obrigatório”. (ÁVILA, 2014, p. 60). A ausência de um substrato normativo contundente transforma essa teoria em um discurso superficial, desaguando numa das mais ásperas versões do pragmatismo jurídico, uma vez que não se exige total obediência às regras, nem há um rumo a ser tomado, abrindo espaço para a formação de terrenos arbitrários. Essa conjuntura se torna clara quando seus autores permitem a utilização de argumentos de política e sua ponderação, a partir de princípios, deixando de existir uma ordem de valores prioritários para esses teóricos, mas apenas preferências que se alternam a depender do contexto fático e, sobretudo, de quem interpreta o texto constitucional. Ao eliminar qualquer hipótese de densidade normativa das normas jurídicas e autorizar os juízes a decidirem com base em preferências pessoais, o neoconstitucionalismo golpeia profundamente o conceito de Estado de Direito (GALVÃO, 2014, p. 311-312), que deve ser compreendido não apenas como uma mera limitação do Poder Político dos agentes estatais, mas como um ideal político pautado no respeito às regras jurídicas e à segurança institucional, para que não haja imposição de um ponto de vista não compartilhado pela sociedade. (WALDRON, 2003).

Nesse sentido, as correntes neoconstitucionalistas abriram espaço para um exacerbado decisionismo disfarçado sob as vestes do politicamente correto, com seus pomposos jargões e com a sua entusiasmada retórica, de modo que os princípios constitucionais se convertem em verdadeiras varinhas mágicas, já que, com elas, o julgador consegue fazer tudo o que pretende (SARMENTO, 2007, p. 144), pois o texto constitucional prevê tudo e pode ser qualquer coisa, conforme o critério de qualquer pessoa que o interpreta. (HORBACH, 2007, p. 9).

Dessa forma, inúmeros princípios invadiram o universo da interpretação e aplicação do Direito, fragilizando a própria autonomia do Direito, como ciência do conhecimento, bem como a própria força normativa da Constituição, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a pedra angular da legitimidade principiológica, da qual pudessem ser extraídos um rol incomensurável de princípios, quantos necessários para solvermos casos difíceis

ou até mesmo corrigir as ambiguidades e vaguezas da linguagem jurídica. (STRECK, 2017, p. 150).

Para Streck (2017, p. 150), esse pamprincipiologismo, característico do neoconstitucionalismo, acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram a cultura, que possibilitou o reconhecimento e a consagração da Constituição de 1988. Esse modo de agir contribui para que haja uma proliferação acentuada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio do próprio texto constitucional.

Portanto, as teses neoconstitucionalistas podem trazer efeitos devastadores ao Estado de Direito, uma vez que, em virtude dessa perda de referência, os juízes passam a crer que qualquer interpretação judicial é possível. Substituem-se as razões jurídicas pelas razões dos magistrados por intermédio de um ostensivo controle de constitucionalidade sobre o mérito dos atos estatais, em que qualquer argumentação valorativa é válida. Isso, não obstante, representa uma absoluta descaracterização do uso de normas jurídicas como parâmetros decisórios fundamentais, retirando qualquer possibilidade de compreensão jurídica racional e convencional por parte dos cidadãos (GALVÃO, 2014, p. 292), já que as regras do jogo podem ser alteradas constantemente, esgotando, por conseguinte, a própria concepção de Estado de Direito.

Considerações finais

O movimento neoconstitucionalista que adquiriu relevo em meados do século XX postula, num primeiro plano, a superação do formalismo jurídico, mesmo sem desprezar completamente o direito posto e visa, num segundo plano, a garantir a supremacia da Constituição sobre as demais normas do ordenamento. Em contrapartida, busca adotar critérios de uma hermenêutica jurídica amplamente sustentada na leitura moral da Constituição, uma vez que negar a influência da moral sobre o direito significa(ria) impedir o trajeto rumo à justiça social.

Contudo, no afã de pretender transformar a sociedade por meio da interpretação constitucional, as premissas neoconstitucionalistas atenuam os fundamentos do Estado de Direito em alguns aspectos elementares. O foco permanente no controle de constitucionalidade das leis enfraquece os

elementos da positividade e reduz o ambiente democrático e a pauta republicana, uma vez que a política ordinária, que deve ser utilizada como ferramenta adequada para promover o alcance dos objetivos da sociedade, é visivelmente maculada pelo protagonismo do Poder Judiciário. Os adeptos da corrente neoconstitucionalista partem do pressuposto de que existe uma moralidade que vai além da política convencional, moralidade esta que pode ser indiscriminadamente consultada e aplicada pelos membros do Poder Judiciário. Nessa conjuntura, o Poder Judiciário estaria habilitado a corrigir as "deficiências" do sistema político/jurídico com base em valores morais.

O contexto se torna ainda mais problemático com a aplicação da ponderação como principal método de resolução de antinomias e colisões entre princípios jurídicos e direitos fundamentais, bem como a utilização desordenada dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na argumentação jurídica, visto que esses instrumentos permitem que o intérprete manipule os valores constitucionais através do subjetivismo. Dessa forma, os argumentos, construídos a partir de quaisquer valores e princípios, são considerados válidos e legítimos, o que faz com que a atividade jurisdicional se torne muito mais discricionária, imprecisa e imprevisível, fragilizando, assim, a segurança jurídica que é um dos valores constitucionais, por excelência, que norteia o arcabouço institucional estruturante do Estado de Direito.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. A nova dogmática constitucional da separação das funções (ou poderes) estatais e a judicialização da política. *Revista Caribeña de las Ciencias Sociales*. Septiembre de 2013. Disponível em: <http://xn--caribea-9za.eumed.net/separacao-funcoes-poderes/>. Acesso em: 20 nov. 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo, neoconstitucionalismo e ativismo judicial. In: ALVAREZ, Alejandro Montiel; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FELONIUK, Wagner Silveira (Org.). *Perspectivas do discurso jurídico:* argumentação, hermenêutica e cultura. Porto Alegre, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria constitucional. In: SOUZA NETO et al. *Teoria da Constituição:* estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO GARCÍA, Leonardo (Coord.). *El canon neoconstitucional.* Madrid: Trotta, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. de Marcelo Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo critico e democracia constitucional. *Isonomia,* n. 27, 2002.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo FGV,* v. 251, 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>. Acesso em: 20 nov. 2017.

LEITE, Glauco Salomão; TEIXEIRA, João Paulo Allain. O pensamento jurídico brasileiro e a reconstrução da dogmática constitucional pós-88: o neoconstitucionalismo e a armadilha do protagonismo judicial. In: LEITE Jorge Salomão; Leite Glauco Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Neoconstitucionalismo:* avanços e retrocessos. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. *Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Direito administrativo e constitucional.* Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em: 24 nov. 2017.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo*: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2009.

NINO, Carlos Santiago. *Derecho, moral y política*: una revisión de la teoría general del derecho. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010.

PEÑA, Lorenzo; AÚSIN, Txetxu. Neoconstitucionalismo y valores del ordenamiento jurídico. In: PEÑA, Lorenzo; AÚSIN, Txetxu (Coord.). *Conceptos y valores constitucionales*. Madrid: Plaza y Valdés, 2016.

POZZOLO, Suzanna. Constitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção de Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 01, n. 7, jan./jun. 2006.

POZZOLO, Suzanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. In: OTTO, Écio; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

PRIETO SANCHÍZ, Luis. *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAZ, Joseph. *The authority of law:* essays on law morality. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito:* fundamentos teóricos e aplicações especificas*.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo*. El derecho dúctil, ley, derechos y justicia*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

12
As origens da teoria do poder constituinte: o Abade Sieyès e a Revolução Francesa

Marcos Leite Garcia*

Introdução

O padre católico Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836), até 1788, era então um simples e desconhecido vigário da paróquia de Chartres, situada na periferia de Paris. Seus biógrafos dizem que não tinha muita vocação para o sacerdócio e sim para a política. (MADELIN, 2004, p. 305). No final de 1788, escreve *Ensaio sobre os privilégios* e, no início de 1789, seu famoso panfleto, livro de menos de 100 páginas, que tem como título a pergunta: *O que é o Terceiro Estado?* Também na mesma época, foi eleito deputado pelo Terceiro Estado pelos parisienses e, a partir de sua famosa obra e atuação como parlamentar, desempenhou papel decisivo em junho de 1789, na transformação dos Estados Gerais em Assembleia Nacional e na resistência ao Rei Luís XVI e a instituição do Estado absolutista. A atual doutrina do Direito Constitucional enfatiza que é do vigário de Chartres o *pai* da teoria do Poder Constituinte, que até hoje preside os processos de constitucionalizações democráticas, expresso na sua obra *Qu'est-ce que le tiers état?* ou como na tradução em português: *A Constituinte burguesa: o que é o Terceiro Estado?* Não cabe dúvida de que o chamado Abade Sieyès será uma peça fundamental na construção do constitucionalismo moderno.[1]

---

* Doutor em Direitos Fundamentais (2000). Master em Direitos Humanos (1990), ambos os cursos realizados no Instituto de Direitos Humanos da Universidade Complutense de Madrid, Espanha. Realizou estágio pós-doutoral na Universidade de Santa Catarina, entre 2011e 2012. Desde 2001 é professor no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, cursos de Mestrado e Doutorado, e do curso de Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (Univali) – Santa Catarina. Da mesma maneira, desde 2015 é professor no Programa de Pós-Graduação em Direito, curso de Mestrado, da Universidade de Passo Fundo (UPF) – Rio Grande do Sul. *E-mail*: mleitegarcia@terra.com.br

[1] Interessante a inclusão de Maurizio Fioravanti (2001, p. 111-112) do Abade, no panorama do constitucionalismo moderno: "[...] Emmanuel-Joseph Sieyès, ciertamente el más lúcido de los intérpretes de la revolución, en su célebre ensayo sobre el Tercer Estado[...], saca de la nueva y potente imagen del poder constituyente consecuencias bastantes distintas a las de los revolucionarios americanos. [...]. [Cuando] [...] pone de relieve el aspecto de los límites a los poderes constituidos que se contiene en la constitución instaurada por el mismo poder constituyente. Pero no se queda ahí. Al menos con igual fuerza sostiene que la constitución que

Conceitua o movimento conhecido como constitucionalismo o italiano Maurizio Fioravanti (2014, p. 9) com as seguintes palavras: "El constitucionalismo es, desde sus orígenes, una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistente, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas".

Podemos afirmar que a construção teórica do Poder Constituinte nasce na Revolução Francesa a partir da obra do abade Emmanuel-Joseph Sieyès. Pelo menos esse é um senso comum arraigado e consagrado pela doutrina constitucional de nossa era. Ainda que o precedente da Convenção da Filadélfia de 1787, e as anteriores constituições da Confederação Americana, como a da Virgínia, nos deixam em dúvida quanto ao citado consenso.[2] Porém, reconhecer as origens intelectuais que permeiam os valores de nosso atual Direito Constitucional é necessário e urgente em nossa sociedade atual, uma vez que, nas últimas décadas, temos assistido à proliferação de um sem-fim de teorias, que negam os valores constitucionais mais fundamentais, como o exercício do Poder Constituinte, somente em ocasiões especialíssimas. Ademais, no último ano (2016), nossa Constituição Federal foi pisoteada pelos Poderes Legislativo e Judiciário, em acontecimentos que maculam a nossa pretensa e recente democracia: interesses variados, alguns até concebidos em bases pouco sólidas, oportunistas da ignorância endêmica vigente, estão fundamentados em preconceitos classistas ou de outras origens. Alguns desses interesses podem causar danos enormes em sociedades periféricas como a nossa, em favor de alguns privilegiados. O exercício do Poder Constituinte, originário ou não, deveria

limita los poderes constituidos no puede de ninguna manera limitar al poder constituyente: la nación, que es para Sieyès el sujeto soberano, 'no debe encerrarse en las trabas de una forma positiva', y 'no debe ni puede someterse a formas constitucionales'. Se trata de páginas bastante claras, en las que aparece con fuerza la cuestión de la soberanía y la necesidad de encender el motor de la revolución, y de dejar que él guíe la revolución a su resultado. La constitución deberá disciplinar los poderes que la misma revolución instituye, pero nunca podrá pretender apagar ese motor".

[2] Sobre o constitucionalismo norte-americano e a importância de seus debates sobre as questões de como deveria ser a futura constituição, entre outros, veja-se as obras de Dippel (2007), Fioravanti (2001) Ruiz Miguel (2002) e o clássico *Os federalistas,* de James Madison, Alexandre Hamilton e John Jay (1993).

ser um assunto tratado de forma mais séria pela mídia em nosso entorno. É um assunto que deveria ser também discutido fora da academia.

O objetivo do presente trabalho é apresentar, preliminarmente, algumas questões relacionadas com o Poder Constituinte, a obra do abade Emmanuel-Joseph Sieyès e a Revolução Francesa.

É indiscutível a importância do bom entendimento da Teoria do Poder Constituinte no contexto do Direito atual, uma vez que o exercício do Poder Constituinte é ilimitado, inicial e incondicionado e deve somente ser exercido em momentos políticos muito especiais e não banalizados como pretendem alguns, em nosso contexto político-social. Um texto constitucional não prevê o seu próprio fim. As normas constitucionais definidoras de Direitos (direitos fundamentais), consagradas em nosso texto de 1988, são o coração e a cabeça das atuais constituições ocidentais e, felizmente, em nosso texto constitucional de 1988 – consideradas como o núcleo imodificável (cláusulas pétreas) do mesmo. Estamos em plena era do *constitucionalismo contemporâneo* (para alguns *pós-positivismo* ou *neoconstitucionalismo*, ou ainda: *neopositivismo*, *constitucionalismo garantista*, como preferem outros ou, mesmo da *Democracia Constitucional*, terminologia mais abrangente). Os vetores que regem todo o sistema de normas são valores de direitos fundamentais. Já é hora de colocar os direitos fundamentais e as questões da cidadania em seu devido lugar: como disciplina autônoma nos currículos das universidades brasileiras, não somente nos cursos de Direito, e colocá-los em pauta em diversos debates – principalmente naqueles dirigidos a um maior número de cidadãos possível.

1 A assembleia dos Estados gerais

A Revolução Francesa é um dos acontecimentos mais importantes da História da humanidade; como sabemos, foi determinante nas mudanças profundas da sociedade moderna, desde a positivação dos direitos fundamentais e foi essencial para o constitucionalismo moderno e contemporâneo.

Devido a uma série de fatores econômicos e políticos,[3] o Rei Luis XVI resolve convocar, no final de 1788, aos chamados Estados Gerais, a Assembleia

---

[3] Dentre esses fatores, principalmente, está uma grave crise econômica marcada pela fome do povo, por culpa de uma péssima safra, nos anos de 1787 e 1788, e da ajuda da França à

Nacional que reuniria as três ordens ou três Estados: o clero, a nobreza e os comuns, conhecidos também estes últimos, de acordo com sua posição hierárquica, como o terceiro Estado. Os Estados Gerais não eram chamadas desde 1614,[4] e sua convocação levou a que as três ordens organizassem as questões a serem discutidas nos chamados *cadernos de queixas* (*cahiers de doléances*),[5] que condensavam os desejos de reformas, antecedentes à Revolução, já que era uma época marcada pela tentativa de reorganização e discussão dos problemas da sociedade francesa.

Para os Estados Gerais forem organizadas eleições, evidentemente, de maneira diferente daquelas de 1614; chegaram a um acordo, o de que a terceira ordem teria o dobro de deputados que os nobres e o clero. Seria então o Parlamento de Paris[6] quem iria determinar as regras. E esse parlamento, composto por magistrados, determinou em um acórdão, de 25 de setembro de 1788, que o funcionamento dos Estados Gerais é que seria igual aos de antes: "Regularmente convocados e compostos da mesma maneira que em 1614". Os intelectuais do Terceiro Estado, a sociedade, evidentemente, não era mais a mesma de 1614; começaram a denunciar uma serie de coisas, entre elas a "venalidade e o caráter hereditário dos cargos judiciários, os abusos das custas em espécie e a negar à magistratura o direito de censurar as leis ou de modificá-las". Além do que, os patriotas, como eram conhecidos os intelectuais do

---

Revolução de Independência das ex-colônias inglesas, que formariam os Estados Unidos da América, e também devido a uma revolta da aristocracia mais tradicional. Sobre essa revolta da aristocracia, veja-se Lefevbre (1989, p. 41-54).

[4] Como muito bem descreve Albert Mathiez, com relação ao Terceiro Estado, em 1614: "[...] as cidades haviam sido representadas por delegados de suas municipalidades oligárquicas, e as províncias do Estado por deputados eleitos pelos próprios Estados, sem intervenção da população". E concluiu que, "adotando essa antiga norma, o terceiro Estado seria representado apenas por uma maioria de incapazes enobrecidos". (MATHIEZ, s.d., p. 44).

[5] Quanto ao estudo desses cadernos de queixas, George Lefebvre é categórico ao dizer que "quando os cadernos de queixas de bailiado das diferentes ordens são comparados entre si, constata-se sua unanimidade contra o poder absoluto: as três ordens querem uma constituição que reserve o voto do imposto e das novas leis a Estados Gerais periódicos, que atribua a administração a Estados provinciais eletivos e que garanta a liberdade individual e de imprensa". (LEFEBVRE, 1989, p. 109). Somente recordar que os Estados Gerais e a Assembleia Nacional não eram convocados desde 1614, há exatos 175 anos, devido ao extremo absolutismo de reis como Luis XIV e Luis XV, respectivamente bisavô e avô do jovem rei Luis XVI.

[6] Segundo Lefevbre, ser membro do Parlamento de Paris era um privilégio do que ele chama da *nobreza de toga*, pois esses parlamentos provinciais eram compostos por magistrados pertencentes à nobreza. (LEFEVBRE, 1989, p. 46-47).

Terceiro Estado, "[...] declaravam abertamente que, depois da reunião dos Estados Gerais, ninguém obedeceria mais s decisões da justiça, porque a nação poderia fazer-se obedecer, melhor que o rei". Era esta uma clara alusão e provocação pré-revolucionária.

Denunciava-se também a inquisição judiciária como mais temível que a dos bispos. Segundo Mathiez (s.d., p. 45), diante de todas essas veementes denúncias, o Parlamento de Paris intimidou-se e recuou. No dia 5 de dezembro de 1788, novo acórdão anulou o precedente, e aceitou o dobro de representantes do Terceiro Estado. "Capitulação aliás inútil e incompleta", nas palavras de Albert Mathiez (s.d., p. 45), pois o acórdão nada dizia sobre a votação *per capita* e assim continuava-se com a votação por ordem. O Parlamento de Paris antes popular agora era execrado por estar a serviço dos privilegiados. Além do que, vale lembrar que tal Parlamento não decidia essa questão, quem decidia era o rei, através de seu primeiro ministro, o popular Jacques Necker.[7] O clima tenso fez com que um grupo de nobres, chamados *os notáveis,* por ser composto por cinco príncipes de sangue, evidentemente pronunciara-se a favor das antigas regras dos Estados Gerais e já prevendo algo declararam, em 12 de dezembro, ao rei que, se ele não procurasse manter de qualquer forma os dispositivos tradicionais, a Revolução seria inevitável. Chamavam a atenção os príncipes de que os direitos do trono já estavam sendo discutidos. (MATHIEZ, s.d., p. 46). Da mesma forma, para ganhar a simpatia do rei, os intelectuais do Terceiro Estado enviavam-lhe declarações de lealdade, e assim os príncipes e toda a nobreza pareciam exagerados em suas previsões. Claro, acima de tudo as duas ordens privilegiadas estavam sendo ameaçadas pelas reivindicações plebeias contra seus privilégios tradicionais, a exclusividade dos cargos públicos, sobretudo os militares e da justiça, e na sua propriedade baseada nos direitos feudais.

Como acontece desde sempre em todas as revoluções contra situações de exceção, as manifestações arrogantes dos que se achavam melhores que os demais, a defesa de seus privilégios e a autoridade, baseada na tradição e em uma cultura de religião única em crise, marcada pela secularização da sociedade (desde a Reforma Protestante), foi determinante ao fortalecimento da causa dos

[7] Necker, o primeiro ministro do rei Luis XVI, um dos únicos membros do governo de origem burguesa, por isso popular.

patriotas. Necker, o primeiro ministro, “[...] se sentiu com forças para fazer o rei ágil contra os notáveis e os príncipes”. Foi concedido então ao Terceiro Estado um número de deputados igual ao das duas ordens privilegiadas reunidas, exatamente 578 deputados.[8] Tanto Mathiez (s.d, p. 53) como Hampson (1970, p. 69) chamam a atenção para o fato de que também foi então permitido que os sacerdotes do chamado baixo clero participassem diretamente das assembleias eleitorais do clero, medida que teve consequências terríveis para o poder da nobreza eclesiástica. Mesmo fazendo essas concessões, as novas regras de nada serviam, pois o rei não ousou tocar na questão mais importante de todas: a da votação *per capita*, deixando a votação por ordem ou para ser discutida sua forma, depois de iniciada a reunião das três ordens. (LEFEBVRE, 1989, 96). Exatamente essa votação por ordem foi fundamental para o fracasso da forma tradicional de funcionamento dos Estados Gerais e a “pólvora” para a explosão da revolta do Terceiro Estado. Não fazia sentido o voto por ordens, pois essa forma era *um jogo de cartas marcadas,* uma vez que as duas primeiras ordens – clero e nobreza – unidas, quando fossem discutir seus privilégios (por exemplo: seus direitos feudais, isenção de impostos, reserva de cargos públicos e patentes militares), com as regras de 1614, o resultado seria sempre um *dois a um* (2x1) em favor dos privilegiados.

2 A teoria do poder constituinte a partir da obra do abade Emmanuel-Joseph Sieyès

Durante a campanha eleitoral para as três ordens, surgem muitas obras rápidas, os chamados panfletos e libelos pré-revolucionários, escritas na efervescência das questões que levaram à Revolução. A difusão dos panfletos é muito variável, alguns deles têm um público meramente local, ao passo que outros, como o famoso *Qu’est-ce que le Tiers État* (O que é o Terceiro Estado), do abade Emmanuel-Joseph Sieyès, com trinta mil exemplares vendidos em alguns dias, em janeiro de 1789, são de esfera nacional. (PÉRONNET, 1989 p. 124). A obra do abade Sieyès de forma especial marcará o futuro do próprio movimento por discutir as regras de funcionamento da Assembleia dos Estados Gerais, então

[8] Os Estados Gerais de 1789 compunham-se de 1.154 representantes: 291 deles eram deputados do clero, 285 da nobreza e 578 do Terceiro Estado.

recentemente convocada pelo rei Luis XVI, como foi visto, na tentativa de dirimir as reivindicações das ordens ainda estamentais que formavam a sociedade francesa do Antigo Regime.

O abade Emmanuel-Joseph Sieyès, então um simples padre da periferia de Paris, Chartres, em 1789 foi eleito deputado pelo Terceiro Estado[9] pelos parisienses e, como já foi dito a partir de sua famosa obra e atuação como parlamentar, desempenhou um papel decisivo na Revolução Francesa, desde a inauguração dos Estados Gerais, em 5 de maio de 1789, no Palácio de Versalhes. Principalmente em 23 junho de 1789, quando do conhecido Juramento do Jogo da Péla (*Serment du jeu de paume*), que foi um dos marcos iniciais da revolta do Terceiro Estado, quando estes decidiram permanecer reunidos até dotar a França de uma Constituição escrita nos moldes dos Estados Unidos da América, da monarquia parlamentarista inglesa e, sobretudo, a partir das regras teorizadas por Sieyès. Essa foi especificamente a transformação dos Estados Gerais em Assembleia Nacional e a resistência ao rei absolutista. A atual doutrina do Direito Constitucional enfatiza que é basicamente do vigário de Chartres a organização da teoria do Poder Constituinte, que até hoje preside os processos de constitucionalizações democráticas, expresso na sua obra *Qu'est-ce que le tiers état?* ou *A constituinte burguesa,* em sua versão em português. Curioso notar que, devido ao seu caráter comedido, o abade Sieyès foi o único grande nome da Revolução Francesa, que sobreviveu aos piores momentos da mesma, talvez por sua posição política marcadamente de centro (a chamada *planície*) e por ser bastante calado. (MADELIN, 2004, p. 305). Entre outras curiosidades de sua biografia, Sieyès votou a favor da Constituição civil do clero, em 1790, e pela morte do Luis XVI, no final de 1792; sobreviveu à época do terror e foi favorável pelo golpe de Estado do dia 9 de Termidor (27 de julho 1794); em 1799 introduziu Napoleão Bonaparte no poder, e foi embaixador do mesmo; caiu em desgraça na época da restauração da Monarquia (chamada de Julho – 1815), sendo exilado em Bruxelas e, de volta a Paris em 1830, morreu na cidade luz, com 88 anos, em 1836. Certamente, é o único personagem importante da Revolução Francesa a morrer ancião. Perguntado em certa oportunidade como

[9] Os deputados do Terceiro Estado eram na sua maioria juristas, um vigário do baixo clero era uma exceção. Os sacerdotes do Alto Clero tinham a sua ordem-estamento específico: o chamado primeiro Estado dos Estados Gerais da Monarquia Absoluta da França, o antigo regime.

fez para sobreviver a tantas épocas, o abade respondeu ironicamente: "apenas sobrevivi". (MADELIN, 2004, p. 328).

Em sua obra de 1789, o abade Sieyès reafirma a doutrina da soberania da Nação, dizendo que "em toda Nação livre – e toda Nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria Nação". (SIEYÈS, 2001, p. 113). Foi com essa posição que Sieyès confirma, desde uma posição racional, o princípio da soberania da Nação como instrumento de legitimação para a instituição de um Estado baseado no Direito, estipulado em um contrato social, que deverá ser o estabelecimento prévio das regras de viver em sociedade, que será uma constituição escrita pelos representantes da nação. Esta nova forma de organização político-jurídica da sociedade em transformação, segundo Dallari, ao ser concebida "no sentido de Estado enquadrado num sistema normativo fundamental, é uma criação moderna, tendo surgido paralelamente ao Estado Democrático e, em parte, sob influência dos mesmos princípios" (DALLARI, 2007, p. 168.), através de um Poder Político e metajurídico, inato ao novo membro da sociedade: o cidadão. O cidadão substitui o súdito, e os direitos do cidadão devem substituir os privilégios das ordens superiores declarando-se a igualdade entre todos. Seguindo a linha dos livres pensadores modernos, Sieyès pede também o fim das diferenças entre os seres humanos, nada mais racional, nada mais jusracionalista.

O poder de constituir as regras prévias do viver em sociedade é o primeiro poder constituinte, aquele que é inicial, ilimitado e incondicionado,[10] chamado pela doutrina atual de poder constituinte originário. Esse se deve a um acontecimento político e social; é dizer, um acontecimento, um fator metajurídico, isto é, fora do jurídico, não previsto pelo sistema jurídico, não previsto pelo Direito posto. Exatamente desse fator metajurídico, acontecimento político não previsto pelo Direito vigente, surgem as constituições escritas da modernidade. A primeira Constituição escrita surge de um fator metajurídico – acontecimento histórico e político – que foi a Independência dos Estados Unidos da América. As revoluções políticas e sociais também serão históricos fatores

[10] Como diz a doutrina do Poder Constituinte, o primeiro e inaugural poder constituinte é o originário, aquele que gera uma nova constituição e é inicial, ilimitado e incondicionado. (CRUZ, 2002, p. 66).

metajurídicos, que geraram muitas constituições. Infelizmente, por ser inicial, ilimitado e incondicionado, o poder constituinte (originário) poderá ser exercido de forma ilegítima, uma vez entendido que legitimamente é exercido pelo povo, por forças estranhas à vontade popular, como, por exemplo, por um ditador, ou por uma elite oligárquica, ou por um grupo que, através da força bruta, detenha o poder como os militares na América Latina, em sua conturbada história do século XX. Seria o caso de o poder constituinte ser exercido ilegitimamente, a partir do fator metajurídico chamado de golpe de estado, que difere da revolução por não ter ampla participação popular e levar ao poder um ditador ou um grupo que instala uma ditadura. Outro fator metajurídico que gera o exercício do poder constituinte (originário), considerado como legítimo, seria um processo de redemocratização de uma sociedade. Os exemplos de processos de redemocratizações são muitos, e todo todos eles derivaram de assembleias constituintes, que geraram Constituições democráticas, como os exercidos no pós-guerra a partir de 1945, entre outros: França, Alemanha e Itália e, no final de ditaduras, como a de Portugal e Espanha e, certamente, o exemplo brasileiro que gerou a Constituição de 1988.[11]

As origens intelectuais, das chamadas revoluções liberais burguesas e do processo de positivação dos direitos fundamentais, serão os movimentos

[11] Destacamos então que os fatores metajurídicos são acontecimentos históricos especialíssimos, que estão fora (meta) ou não previstos pelo mundo jurídico e estes podem ser de quatro maneiras: 1**. Quando do nascimento de um país** (que pode ser pela independência de uma nação, de um povo ou de um país formado por várias nações, ou mesmo por uma fusão, incorporação, ou separação de povos ou partes de um país); 2. **Quando ocorre uma Revolução** (que pode levar ou não a uma nova etapa democrática do povo em questão, mas inegável é a necessidade de refundação da nação, povo ou país que faz uma revolução); 3. **Quando ocorre um Golpe de Estado** (são muito os tipos de Golpes de Estado. Desde os mais violentos como os atuais golpes de estado institucionais dos países latino-americanos, como ocorreu em Honduras, Paraguai e Brasil em 2016). 4. **Desde um processo de redemocratização** (um processo lento e gradual de abertura política e de volta a democracia em um país que viveu anos de ditadura, ou quando do fim de uma guerra). Entre essas quatro formas de exercício do Poder Constituinte Originário, os exemplos são muitos. Ainda que as mesmas podem ser mescladas, por exemplo: uma revolução pode levar à independência de uma nação; uma revolução pode levar a um processo de redemocratização de um país; um golpe de Estado, a forma mais perversa, quase sempre leva a uma ditadura, mas pode levar a um processo de redemocratização, entre outros exemplos. Lembrando sempre da longa controvérsia que existe entre Revolução e Golpe de Estado. Nesse último ponto, interessante o que diz o filósofo espanhol Felipe González Vicén (2010) quando teoriza as revoluções e leciona sobre as diferenças entre golpe de Estado, praticado por um indivíduo, ou um grupo de indivíduos -como os militares ou uma elite econômica- e a Revolução que para assim ser classificada deve ter ampla participação popular.

individualista, racionalista, iluminista, contratualista dos autores que influenciarão as transformações da sociedade feudal em sociedade moderna e que levarão às chamadas revoluções liberais (entre outros: Peces-Barba, 1995, p. 115-144 e Fioravanti, 2001, p. 71-164). O abade Sieyès seguirá essas concepções racionalistas, individualistas, e um dos seus grandes méritos foi, fundamentalmente, voltar-se de maneira original, naquele momento pré-revolucionário, para a realização de um documento jurídico, no sentido de dar à nação o direito de produzir sua norma jurídica fundamental: uma Constituição que contenha suas regras prévias da organização e limitações do poder do Estado. Dito de outra forma, o grande mérito de Sieyès foi traduzir para o momento (pré)-revolucionário a discussão da forma de funcionamento ainda medieval e estamental dos Estados Gerais e sua transformação em uma Assembleia de homens livres, formada por representantes da nação, do povo, na qual cada representante tenha direito a um voto; resumidamente, é a luta do povo pelo *voto per capita*.

Acertadamente e seguindo o espírito da igualdade do Direito Natural Racionalista, dos autores contratualistas e iluministas, o abade Sieyès desconsidera a histórica autoridade das ordens superiores baseada na tradição e na superstição. Na tradição dos históricos costumes e privilegiados feudais e na superstição da Igreja, que justifica e fundamenta os privilégios e o poder do monarca, da nobreza e do clero.[12] No seu famoso livro (*Qu'est-ce que le tiers état?),* não há nenhuma alusão ao desenvolvimento das instituições nem ao papel histórico da nobreza ou da monarquia; muito pelo contrário, esses são chamados de parasitas da nação. A história que recomeça em 1789 é a dos homens livres, a partir das reivindicações das classes não privilegiadas, dos burgueses, ou seja, da nação.[13] Exatamente no inicio de sua obra, Sieyès empenha-se em demonstrar a importância e utilidade da burguesia e a inutilidade da nobreza parasita. Para o abade, o argumento da utilidade é o principal entre todos por ele utilizados para defender sua tese. (CRUZ, 2002, p. 66).

[12] Sobre o tema veja-se: ARENDT (1992).

[13] Como diz o jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, os direitos fundamentais surgem historicamente como reivindicações dos mais débeis, dos mais fracos e, no caso das revoluções liberais, surgem como reivindicações da classe burguesa, que iria culminar na positivação dos primeiros direitos fundamentais de liberdade (Veja-se: FERRAJOLI, 1999, p. 180).

O abade demonstra em sua obra a extrema utilidade do Terceiro Estado, afirmando que o mesmo suportava todos os trabalhos particulares – desde a atividade econômica, desde a exercida na indústria, no comércio, na agricultura, nas profissões científicas e liberais e até nos serviços domésticos –; e ainda exercia a quase totalidade das funções públicas, excluídos apenas aquelas que eram injustamente reservadas aos privilegiados, ou seja, os lugares lucrativos e honoríficos, correspondentes a cerca de um vigésimo do total, os quais eram ocupados por membros das duas outras ordens – o alto clero e a nobreza – que eram, no entender de Sieyès, privilegiados sem méritos. O abade advoga pela construção de uma meritocracia baseada em uma mínima igualdade de oportunidade entre todos.

Para Sieyès os privilegiados membros da nobreza e do alto clero constituíam um corpo estranho, que nada fazia e poderiam ser suprimidos sem afetar a essência da Nação. Muito pelo contrário, pois as coisas poderiam andar melhor sem o estorvo desse conjunto parasita.

Na defesa do voto *per capita*, tema central do funcionamento dos Estados Gerais, Sieyès argumenta que a vontade nacional é o resultado das vontades individuais, assim como a Nação é o conjunto dos indivíduos. A Nação é um conjunto de indivíduos de quase 27 milhões de franceses e os privilegiados são apenas 200 mil nobres ou sacerdotes. A força da nação, do povo, está no número, já que todos os representantes, burgueses, nobres ou sacerdotes, teriam somente um voto (é o voto *per capita*: cada homem um voto). (SIEYÈS, 2001, p. 67).

O vigário de Chartres, também deputado eleito pelo Terceiro Estado, notadamente ocupou-se em estabelecer um entendimento de igualdade político-jurídica, a partir da igualdade perante a lei. Característica absolutamente racionalista, de direito natural racionalista, pois não é por acaso que todas as declarações de direitos fundamentais se iniciam pela igualdade. Em sua obra famosa, ele pergunta e responde: O que é o Terceiro Estado? Segue com suas perguntas: *"O que é uma Nação? Um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura".* (SIEYÈS, 2001, p. 69.). Dessa forma, ele ressalta a importância da lei. Sua perspectiva é puramente jurídica. Não foi objetivo da obra qualquer tipo de análise econômica ou social: o Terceiro Estado é apresentado como um bloco monolítico de quase 27 milhões de

indivíduos iguais. A única distinção feita na obra é a que contrasta "privilegiados" com "não privilegiados".

Para Sieyès, a nação – no sentido de povo – se identificava com o Terceiro Estado e com a ideia de sufrágio censitário, que iria vigorar posteriormente até o final do século XIX, essa seria representada pela burguesia. Como muito bem explicou Hermann Heller (1968, p. 326), sobre a luta da burguesia para limitar o poder do Estado absoluto, "*na Revolução Francesa, o setor burguês do povo que chegou a adquirir uma consciência política, a nação na acepção francesa, conseguiu alcançar para si a decisão consciente sobre a forma de existência do Estado e, com isso, o poder constituinte*". (p. 326).

Embora o Terceiro Estado possuísse todo o necessário para constituir uma nação, na interpretação de Sieyès, no momento pré-revolucionário ele *nada* era na França do antigo regime, pois a nobreza havia usurpado os direitos do povo, oprimindo-o, instituindo privilégios e exercendo as funções vitais no serviço público. O que é o Terceiro Estado? Resposta de Sieyès naquele momento pré-revolucionário: Nada! Contra esta situação, o Terceiro Estado reivindicava apenas uma parte do que, por justiça, lhe caberia. A burguesia não queria ser tudo, mas queria, no mínimo, escolher seus representantes, no próprio Terceiro Estado, ter igual número de deputados que a soma dos outros dois estamentos e poder ter as votações nos Estados Gerais por cabeça, não por ordem.

Sieyès (2001, p 78) escreveu que o povo "quer ter verdadeiros representantes nos Estados Gerais, ou seja, deputados oriundos de sua ordem, hábeis em interpretar sua vontade e defender seus interesses". Sobre a desigualdade do absolutismo monárquico quanto ao poder de decisão, Sieyès (2001, p. 78) anotou que ao Terceiro Estado "[...] é certo que não possa vir a votar nos Estados Gerais, se não tiver uma influência pelo menos igual à dos privilegiados, e com um número de representantes igual ao das outras duas ordens juntas". E criticou a vazia decisão de somente duplicar o números de deputados do Terceiro Estado enquanto "[...] esta igualdade de representação se tornaria perfeitamente ilusória se cada câmara votasse separadamente". Assim, Sieyès conclui categoricamente que "*o Terceiro Estado pede, pois, que os votos sejam emitidos por cabeça e não por ordem*".

Quem interpreta adequadamente, ao que nos parece, essa não absorção de Sieyès, é Aurélio Wander Bastos, na introdução brasileira da obra de Sieyès:

> Sendo um ativista político e, quem sabe, por isto mesmo, Sieyès está muito mais preocupado com a pragmática eleitoral do que com as teorias sobre formas de organização de um novo Estado. Para ele o que importa é definir meios e alternativas eleitorais que transfiram o controle do poder das ordens privilegiadas – o clero e a nobreza (os notáveis) – para o Terceiro Estado, ou o estado plano como também à época se denominou. (BASTOS, 2001, p. xxiii).

De todas as formas, procurando fundamentar estas reivindicações no Direito, Sieyès desenvolveu o seu pensamento jurídico nos dois capítulos finais do famoso folheto, partindo do modo representativo de governo para chegar, pela primeira vez, a uma distinção entre o Poder Constituinte e os poderes constituídos. (CRUZ, 2002, p. 60).

Sieyès distinguiu três épocas na formação das sociedades políticas. Na primeira, há uma quantidade de indivíduos isolados que, pelo fato de quererem reunir-se, têm todos os direitos de uma nação, restando apenas exercê-los. Na segunda época, reúnem-se para deliberar sobre as necessidades públicas e os meios de provê-las. A sociedade política atua, então, por meio de uma vontade real comum. Na terceira época, surge o governo exercido por procuração: os representados escolhem seus representantes para velar por suas necessidades. Neste momento, já não atua uma vontade comum real, mas, sim, uma vontade comum representativa. Os representantes não a exercem por direito próprio sequer têm a plenitude do seu exercício.

Em última análise, ao procurar fundamentar juridicamente as reivindicações da classe burguesa, Sieyès foi buscar fora do ordenamento jurídico positivo, que ele considerava injusto, um Direito superior, o Direito Natural do povo de autoconstituir-se, a fim de justificar a renovação da mesma ordem jurídica, ou seja, através do Poder Constituinte. (CRUZ, 2002, p. 60). A justificativa do exercício do Poder Constituinte será um fator metajurídico, que corrigirá uma situação de injustiça extrema.

3 A assembleia dos estados gerais se constitui em uma Assembleia Nacional Constituinte: a vitória do terceiro estado rumo à revolução que colocará fim ao antigo regime

Os acontecimentos históricos que seguem a eleição e reunião dos chamados Estados Gerais darão razão à teoria e obra do abade Sieyès. Alguns

detalhes são interessantes de serem expostos, para que tenhamos uma ideia do clima da reunião da Assembleia dos Estados Gerais.

Antes da reunião de 5 de maio de 1789 em Versalhes, segundo Mathiez (s.d., p. 55), a Corte fez questão de manter rigorosa diferença de tratamento e uma irritante separação entre os deputados do clero e da nobreza, com relação aos deputados da burguesia. O rei recebia deputados das duas ordens privilegiadas, na sala de audiências, cercado de atenção e pompa, enquanto recebia os deputados da ordem dos comuns, com desdém, no quarto de dormir e em grupos. Cada detalhe fazia crescer a revolta no espírito dos burgueses. "O Terceiro Estado será obrigado a usar um traje oficial todo preto, que, na sua simplicidade, contrastava de maneira chocante com as rendas e os chamalotes dourados das duas primeiras ordens". (p. 55). Historicamente, marcou o desfile de abertura dos Estados Gerais, em 4 de maio de 1789, essa diferença que assinalava para uma exagerada singeleza dos trajes dos membros do Terceiro Estado, ainda que todas essas tentativas de humilhação fizessem com que o Terceiro Estado tivesse se unido ainda mais. Enquanto as portas principais se abriam para a entrada dos deputados do clero e da nobreza, finalizando um desfile com toda a pompa possível, os deputados do Terceiro Estado, por uma porta lateral entravam na sala reservada à primeira reunião da Assembleia dos Estados Gerais, no Palácio de Versalhes. Impressiona o público assistente o contraste das roupas luxuosas das duas ordens superiores com o detalhe da vestimenta de todos os membros do Terceiro Estado: todos de negro, fato que deixava clara a união da ordem mais numerosa e considerada inferior. Na sessão de abertura, no dia seguinte, 5 de maio, ainda mais agravaram a má impressão e a irritação dos membros do Terceiro Estado causada pela falta de tato do rei Luis XVI, que "[...] em tom queixoso e sentimental [...] preveniu aos deputados contra as tendências inovadoras e convidou-os a se preocuparem, antes de mais nada, com os meios de encher as arcas do tesouro". (MATHIEZ, p. 59-60). Por último, o primeiro ministro Necker fez um enfadonho e longo discurso cheio de cifras e não se pronunciou sobre a importantíssima questão do voto *per capita* para a decepção de todos.

Após o pronunciamento de Necker, ficou claro que o Terceiro Estado sempre perderia por dois a um pelas regras de 1614 do voto por ordem. Ao dia seguinte, os representantes dos comuns começam a campanha pelo voto por

cabeça. Após semanas de conversações e discussões, os deputados da burguesia conseguem o apoio da maioria do clero – de seus representantes que pertenciam ao baixo clero – e de parte da nobreza liberal para o voto por cabeça. Diante desse fato, declaram-se representar 98% dos franceses e, por isso, no dia 17 de junho se proclamam, levando em conta as ideias de Sieyès, uma Assembleia Nacional. O rei tenta dissolvê-los, fechando a sala do Palácio de Versalhes, na qual se reuniam. Os deputados não se intimidam, buscam outra sala palácio adentro e numa sala usada pela Corte, para praticar um jogo da época, a sala do Jogo da Péla, certos de sua missão histórica juram: "[...] nunca separar-se e reunir-se em todos os lugares onde as circunstâncias o exigirem até que a Constituição seja estabelecida e assentada sobre fundamentos sólidos". (EPIN, 1989, p. 26). É o famoso juramento da Sala do Jogo da Péla, do dia 23 de junho de 1789, com o qual a Assembleia Nacional se proclama agora como uma Assembleia Nacional Constituinte, a primeira do constitucionalismo moderno.

A partir desse fato, Luis XVI continua a dar mostras de sua total falta de tato; no mesmo dis 23 de junho, reage e ameaça aos deputados, discursando no sentido de que ele era o rei, único e verdadeiro representante dos franceses, afirmando que nenhum projeto aprovado pela assembleia rebelde teria força de lei sem sua aprovação. A miopia de Luis XVI não lhe fazia ver que a Revolução apenas começava. Como prova de força, o rei concentra suas tropas em Versalhes e Paris, preparando a dissolução da autoproclamada Assembleia Nacional Constituinte: Demite Necker, ainda popular por suas posições comedidas; o conde de Mirabeau, que terá que dizer publicamente como resposta ao seu intempestivo pronunciamento: "É uma revolta? Não, majestade, é uma revolução". (MADELIN, 2004, p. 52).

Os poucos quilômetros de distância entre Versalhes e Paris, uns 20 km, permitiam que as notícias chegassem rapidamente à capital. Os parisienses saíam às ruas, reuniam-se em locais públicos para informar, discutir e decidir que havia chegado o momento de uma rebelião popular sem precedentes, certamente não se sabia que se tratava de uma Revolução que iria marcar toda a humanidade. Evidentemente, o espírito de revolta tomou conta do movimento que saiu de todo e qualquer possível controle, levando a um sem fim de acontecimentos, entre os quais o de 14 de julho, o mais emblemático, a tomada da Bastilha, e que marca a data da Revolução Francesa. A notícia influencia todo

o mundo da época, nas palavras de Michelet (1989, p. 156), sobre o episódio da ocupação da Bastilha por populares, e que teve um significado simbólico ainda maior: "Todas as nações, à notícia de sua ruína, acreditaram-se libertadas". A queda da Bastilha foi a primeira verdadeira vitória popular, uma demonstração de força sem precedentes, pois era a famosa prisão política da monarquia absoluta. É certo dizer que o sentimento de medo acompanhou os franceses no período revolucionário. Os boatos nas cidades eram muitos e, no campo, a partir de julho instalou-se o que Lefevbre (1989, p. 173) chamará de o grande medo de 1789, a revolta camponesa provocada pelas más colheitas dos últimos anos, pelo desemprego e a fome, pelos séculos de exploração e pelas dívidas que os faziam servos eternos dos senhores donos das terras. Castelos foram incendiados, nobres tiveram que fugir para não morrer assassinados pela ira que se instalou pelos condenados a viver como miseráveis.

Foi então que a Assembleia Nacional Constituinte, agora instalada em Paris, resolve no dia 4 de agosto decretar o fim do feudalismo, o fim dos direitos feudais, declarando a igualdade entre todos, com o fim dos privilégios. Ato seguinte, a Assembleia decide aprovar uma Declaração de Direitos do Homem, para deixar claro que os Direitos Naturais do Homem deveriam ser estipulados antes mesmo de terminar sua função de dotar a nação francesa com uma Constituição. Então, em 26 de agosto de 1789, é aprovada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, composta por 17 artigos. Na Declaração aprovada estão estipulados os direitos do homem e do cidadão burguês revolucionário de 1789.

Por culpa de muitos acontecimentos posteriores, demorou a finalização dos trabalhos da Constituinte instalada em 1789; entre outros, a família real é trazida a força pelo povo ao Palácio das Tulherias (*Palais des Tuileries*); os nobres exilados começam a organizar, com algumas monarquias vizinhas, uma guerra contrarrevolucionária, o rei e rainha tentam fugir da França em julho de 1790, a discussão e aprovação da Constituição civil do clero, a guerra contrarrevolucionária. Assim, somente em 1791 é finalizado o exercício do poder constituinte e dissolvida a Assembleia Nacional Constituinte. Convocadas agora eleições para uma Assembleia Legislativa. Todo esforço resultaria tarde demais, pois a Revolução seguia e a Constituição Monárquica aprovada já não cabia para a França de então, uma vez que a Constituição de 1791 ficaria pouquíssimo

tempo em vigor, pois a guerra contrarrevolucionária e, sobretudo, as jornadas do dia 10 de agosto levariam a convocação de uma nova Assembleia Nacional Constituinte: agora chamada de Convenção Nacional, em homenagem à Convenção da Filadélfia de 1787, para novamente exercer o poder constituinte. Uma nova revolução dentro da Revolução havia acontecido, um novo fator metajurídico havia acontecido, o rei e a família real haviam sido presos nas jornadas do dia 10 de agosto, e a República havia sido proclamada. Em 22 de setembro, uma nova era, com calendário novo, inaugurava-se e uma nova Constituição seria elaborada.

Para o nosso trabalho é importante ressaltar que a obra do abade Sieyès vigorou e sobreviveu ao seu tempo. Também eleito deputado na nova Assembleia Constituinte, o vigário de Chartres seguiria sua função de mediador entre a direita dos chamados girondinos e a esquerda mais feroz dos montanheses jacobinos. Certamente, a história da Revolução Francesa é apaixonante, mas o objeto do presente texto é confirmar a afirmação de que a Teoria do Poder Constituinte teve sua origem na obra do abade e que é atual até hoje.

Considerações finais

A título de considerações finais podemos dizer que:

O pensamento de Sieyès desenvolveu-se nos moldes do direito natural racionalismo iluminista, do contratualismo e da ideologia liberal da época. Ele dedicou-se a construir um conceito racional de Poder Constituinte, levando em conta o problema da sua natureza e da sua titularidade, bem como apresentando sua solução. Sobre a natureza jurídica do Poder Constituinte, admitindo-se a positividade como o único modo de ser do Direito e sendo certo que o Poder Constituinte é anterior ao Direito Positivo, não pode ser considerado um poder jurídico. (CRUZ, 2002, p. 60-61).

Depreende-se daí que o Poder Constituinte Originário, em princípio, não está, necessariamente, obrigado pela ordem pretérita e, portanto, não se funda em nenhum poder jurídico. (CRUZ, 2002, p. 61). Funda-se sim em um poder político e metajurídico, que pode ser através do nascimento de um novo país (independência, separação, fusão, etc.), de uma Revolução (legítima), de um

golpe de Estado (ilegítimo exercício do Poder Constituinte) e de um autêntico processo de redemocratização.

O Poder Constituinte é, assim, um poder advindo da soberania natural do conjunto da sociedade, e é seu titular legítimo o povo, que o exerce através de seus representantes.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. O que é autoridade. In: *Entre o passado e o futuro*. Trad. de Mauro W. Barbosa de Almeida. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do direito constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno*: novas perspectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

EPIN, Bernard. *Revolução Francesa.* São Paulo: Brasiliense, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*: la ley del más débil. Trad. de Perfecto A. Ibañez e Andrea Greppi Madrid: Trotta, 1999. Título original:

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*: de la antigüedad a nuestros días. Trad. de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo:* esperiencias históricas y tendencias actuales. Trad. de Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2014.

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. *Teoría de la Revolución*: sistema e historia. 2. ed. Madrid: Plaza y Valdés, 2010.

HAMPSON, Norman. *Historia social de La Revolución Francesa.* Trad. de Javier Pradera. Madrid: Alianza Universidad, 1970.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado.* Trad. de Lycurgo G. da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

LEFEBVRE, George. *O surgimento da Revolução Francesa*. Trad. de Cláudia Schilling. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

MADELIN, Louis. Sieyès. In: ___. *Los hombres de la Revolución Francesa.* Buenos Aires: Vergara, 2004. p. 301-333.

MADISON, James; HAMILTON, Alexandre; JAY, John. *Os artigos federalistas.* Trad. de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MATHIEZ, Albert. *História da Revolução Francesa*: a queda da realeza (1787-1792). Trad. de Paulo Zincg. São Paulo: Atena, s.d. v. I.

MICHELET, Jules. *História da Revolução Francesa*: da queda da Bastilha à festa da federação. São Paulo: Cia. Das Letras, 1989.

PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PÉRONNET, Michel. *Revolução Francesa em 50 palavras-chaves*. Trad. de Rita Braga. São Paulo: Brasiliense, 1989.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Una filosofía del derecho en modelos históricos*: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo. Madrid: Trotta, 2002.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

13
Fundamentos para uma abordagem crítica da tutela ambiental à luz dos ensinamentos de Max Horkheimer

Mariângela Guerreiro Milhoranza*

Introdução

> "Uma lição de jardim, é uma lição de terra, essa terra que caminhamos, que produz os legumes que comemos e o capim com que os animais se alimentam"
> Maurice Druon, *O menino do dedo verde.*

O homem está intimamente relacionado com o meio em que vive e com a forma como o utiliza, afinal o ambiente é um lugar[1] de encontro onde tudo interage:[2] "[...] não estamos sós, neste 'lugar de encontro', onde somos o encontro; somos com o outro desde uma relação de reconhecimento, respeito, reciprocidade e responsabilidade". (MOLINARO, 2006, p. 107). Esta responsabilidade com o outro e com o meio, no "[...] lugar de encontro [...]",[3] existe desde que a vida humana emergiu na Terra: "A história da vida sobre a Terra tem sido uma história de interação entre as coisas vivas e o seu meio ambiente [...]" (CARSON, 1962, p. 15), afinal "[...] desde o surgimento do homem na Terra, houve modificações na natureza. Assim, o processo de degradação do meio ambiente se confunde com a origem do homem". (BUTZKE; SPARREMBERGER, 2011, p. 10).

---

* Pós-Doutora em Direito pela PUCRS. Doutora em Direito pela PUCRS. Mestra em Direito pela PUCRS. Especialista em Processo Civil pela PUCRS. Advogada, professora na Graduação em Direito Imed. Professora na Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da PUCRS. Professora na Pós Graduação em Direito e Processo do Trabalho da Verbo Jurídico e Unisc.

[1] Molinaro, ao aprofundar seu estudo sobre o ambiente, como um lugar de encontro, traz como exemplo as culturas africanas. Nesse sentido, pontifica que "a diferenciação é considerada como essencial e pré-requisito funcional para que cada um seja indispensável ao outro. Isso porque, na cultura africana, somente podem viver juntos aqueles que são diferentes, tendo em vista que, na perspectiva africana do mundo, a vida é um processo em que cada um se identifica progressivamente, não com o outro, do qual deve reivindicar sua diferença, mas com a totalidade da comunidade; vale dizer, com a vida cósmica e, especialmente, com a vida divina; aqui evidencia-se um matiz forte de um 'mínimo existencial ecológico', como núcleo material do princípio da dignidade humana". (MOLINARO, 2006, p. 109-110).

[2] Conforme Lynn Margulis e Dorian Sagan, "os seres humanos não são especiais e independentes, mas parte de um *continuum* de vida que circunda e abarca o globo". (2002, p. 254).

[3] Pontifica Molinaro que "ambiente, já afirmamos, é relação. Ambiente – no sentido de *meio ambiente* – pode ser definido como *um lugar de encontro".* (MOLINARO, 2006, p. 55).

O *Homo Sapiens* ancorou na Terra há pelo menos 195 mil anos. Entretanto, seu desenvolvimento e sua evolução ocorreram nos últimos 10 mil anos. Segundo Rita Mendonça (MENDONÇA, 2005, p. 55), o período conhecido como paleolítico é o período mais extenso da História da humanidade. Durante tal período, o *Homo Sapiens* criou as primeiras ferramentas, embora ainda não houvesse o desenvolvimento da agricultura e da pecuária. No final do período paleolítico, o *Homo Sapiens* aperfeiçoou as técnicas para se proteger das intempéries do clima, erguendo refúgios e produzindo roupas. Além disso, havia aquilatado a produção de diversos instrumentos como lanças e flechas. Após o período paleolítico, veio o período neolítico. Este período, surgido há cerca de 9 mil anos, se caracterizou pelo surgimento da agricultura, o desenvolvimento da pecuária e as formas iniciais de convívio em sociedades organizadas[4] politicamente. Portanto, "as sociedades que precederam a Mesopotâmia ou que foram contemporâneas a ela, ainda no período neolítico, erigiram em importantes civilizações que conviveram em harmonia". (MENDONÇA, 2005, p. 55).

A Mesopotâmia, civilização que se desenvolveu na região do Crescente Fértil, entre os rios Tigre e Eufrates, há cerca de 7 mil anos, é o marco inicial das grandes civilizações da humanidade. Foi nessa mesma época que começaram a surgir os centros populosos, as tecnologias avançadas de produção em agricultura e pecuária e, também, a escrita. Estas sociedades iniciais são consideradas sociedades matrísticas: sociedades calcadas no equilíbrio e em consonância com o lugar de encontro, em uma relação ecológica interespecífica harmônica. Após milênios de uma relação ecológica interespecífica e harmônica, ocorreu uma vultosa mutação nas sociedades matrísticas: transformaram-se em sociedades patriarcais. "A grande mudança de sociedades matrísticas para patriarcais aconteceu quando a tecnologia disponível deixou de ser aplicada unicamente para a produção (agrícola e de artefatos) e passou efetivamente a ser utilizada para a fabricação de armas". (MENDONÇA, 2005, p. 59). Nesse mesmo sentido, aduz-se que "paulatinamente, as sociedades se tornaram dominadoras. Surgiram os impérios. A ideia de dominação e apropriação da natureza e de

---

[4] Considerar que os seres humanos já viveram em harmonia entre si e com a Terra, mesmo quando em sociedades complexas e de tamanho considerável, indica que isso, então, é possível. Ou seja, já foi possível para os seres humanos. Faz parte da natureza humana. (MENDONÇA, 2005, p. 56).

outros povos foi se ampliando e difundindo pela região que hoje corresponde ao Oriente Médio e Europa". (MENDONÇA, 2005, p. 56). Seja como for, a História da humanidade está intrinsicamente relacionada à natureza, pois, desde o início da vida humana terrestre, o homem explora territórios em busca de alimentos que garantam sua subsistência: explora o solo, as águas e as matas para sobreviver. O homem primitivo retirava do ambiente aquilo de que necessitava para suprir sua subsistência.

Um pouco mais tarde, na Grécia antiga, durante o século VI antes de Cristo, a reflexão foi calcada sobre os conceitos de *physis* e de *arché*. A palavra *physis* vem do verbo *phyomai,* cujo significado é nascer/crescer. Tudo o que nasce, cresce: tudo o que é vivo cresce e vem de uma força criadora originária de todos os seres. Já a palavra *arché* simboliza o fenômeno causador que constitui todos os seres vivos da natureza. (CHAUÍ, 1994, p. 33, v. 1). Para os gregos antigos, sobressaia o entendimento de ordem cósmica sintetizado na filosofia aristotélica sobre o meio ambiente: o mundo era algo fixo e, via de regra, imutável. Assim, toda e qualquer mudança era compreendida como degeneração.

Por outro lado, durante a Idade Média, dominaram as visões geocêntrica (a Terra como o centro de tudo) e antropocêntrica (o homem como centro de tudo): o Universo era impecável, perfeito, estável e imutável desde sua criação, e o meio ambiente era visto como uma força viva. O homem, centro de tudo, é superior ao lugar de encontro, é superior à natureza, é superior a tudo. As palavras da própria Bíblia conseguem bem traduzir o pensamento "ecológico" da época: "Deus os abençoou: 'Frutificai, disse ele, e multiplicai-vos, enchei a terra e submetei-a. Dominai sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus e sobre todos os animais que se arrastam sobre a terra'." (BIBLIA, *Gênesis*, 1,28).

Entretanto, à medida que a população aumentava, a interferência do homem na natureza foi também ganhando um perfil mais agressivo (SOUZA, 2013, p. 62-75, v. 1): ao explorar a natureza, não raras vezes, o homem a utiliza de forma não salutar tanto para si quanto para o meio ambiente, e a outrora visão harmônica do homem com o meio passou por uma modificação.

O progresso sociológico e tecnológico desencadeado pela Revolução Industrial, fez com que as interações do homem com o meio começaram causassem graves prejuízos ambientais. Com o surgimento da máquina nos idos da Revolução Industrial, a ciência e a tecnologia entraram em patente

desenvolvimento. Esta revolução tecnológica foi um processo lento que se desenvolveu (e continua se expandindo) em três distintas etapas:

> a) 1ª Revolução Industrial: de 1750 a 1860. Nesta fase houve o pioneirismo tecnológico da Inglaterra na invenção da máquina a vapor. A fonte de energia era o carvão e a matéria-prima base da produção era o ferro;
> b) 2ª Revolução Industrial: de 1860 a 1960. Nesta fase ocorreu a expansão do uso da máquina para outros países como Bélgica, Alemanha e França que utilizavam a energia petrolífera e a energia elétrica. A matéria-prima base da produção era o aço;
> c) 3ª Revolução Industrial: de 1960 até os dias atuais. Nesta última e hodierna fase, ocorre a era da microeletrônica, da informática, da biotecnologia, da nanotecnologia e da robótica. Os desdobramentos ambientais, políticos, sociais e econômicos das duas primeiras fases da Revolução Industrial. (PIERANGELLI, 1988, p.9).[5]

No início do século XX, a expansão da indústria trouxe métodos de fabricação e produção mais aprimorados. A sofisticação da nova tecnologia se multiplicou ocupando maiores territórios físicos comprometendo tanto o meio ambiente como a própria qualidade de vida das pessoas. Se, por um lado, houve o crescimento industrial descomedido e a expansão acelerada da indústria, por outro houve uma grande pressão para auferir mais lucro e maior resultado econômico. Inúmeras vezes, sem qualquer forma de controle, cautela, precaução ou prevenção, as riquezas naturais do Planeta foram exploradas até a escassez. Este impacto da expansão industrial desenfreada trouxe, sem dúvida, um resultado negativo e, não raras vezes, irreversível ao meio ambiente. (CARVALHO, 2003, p. 67). Marx, ao examinar as relações do ser humano com a natureza, refere:

> O trabalho é antes de tudo um processo entre o homem e a natureza, um processo no qual o homem por sua atividade realiza, regula e controla suas trocas com a natureza [...]. Agindo assim, por seus movimentos sobre a natureza exterior e transformando-a, o homem transforma ao mesmo tempo a sua natureza. (MARX, 2000, p. 211).

[5] Conforme José Henrique Pierangelli (1988, p. 9), partir da chamada Revolução Industrial, começaram efetivamente as agressões à natureza, cuja extensão, ainda hoje, em uma gradação quanto aos seus efeitos nocivos, é bastante variável, podendo atingir tão-só o meio local, o regional ou até comprometer o equilíbrio biológico do Planeta.

Portanto, sob o prisma capitalista, a relação homem *versus* natureza ocorre através do trabalho: o trabalho impera e modifica para atender às necessidades individuais e coletivas de toda a sociedade. Conforme Santos, "[...] a conversão do progresso em acumulação capitalista transformou a natureza em mera condição de produção [...]" e "a produção tornou-se mais acelerada em virtude das exigências do mercado, produzindo externalidades negativas com maior velocidade e escala global". (SANTOS, 2000, p. 34). Fato é que, nesse contexto histórico ficou marcado com o "fracasso da revolução do proletariado, o advento e a derrocada do Nacional-Socialismo alemão e do fascismo italiano, bem como o avanço do capitalismo monopolista em direção a um mundo administrado". (ATANASIO JUNIOR, 2012, p. 35). Na Alemanha, nasce a Teoria Crítica formulada por Max Horkheimer.

A Teoria Crítica busca, mediante reflexões do tempo presente, mas sem deixar de se preocupar com o tempo futuro, "identificar de forma interdisciplinar as contradições de uma sociedade e verificar as possibilidades reais de sua superação". (ATANASIO JUNIOR, 2012, p. 5). Segundo Horkheimer, "a concepção de um processo entre a sociedade e a natureza […] nasce de uma análise rigorosa de desenrolar histórico. Essa análise é dirigida pelo interesse no futuro". (HORKHEIMER, 1975, p. 151). Em outro trecho do nobre ensaio, ele sinaliza que "as ciências sociais tomam a totalidade da natureza humana e extra-humana, como dada, e se interessam pela estrutura das relações entre homem e natureza e dos homens entre si". (HORKHEIMER, 1975, p. 132-133). Demonstra, portanto, a necessidade de percepção do fenômeno, a partir de uma análise da totalidade do mundo perceptível e, na seara ambiental, resta imperioso fazer uma abordagem crítica do direito ambiental, a fim de que os danos causados pela malversação da exploração desenfreada dos recursos naturais sejam irreversíveis. Na verdade, os recursos originários do meio ambiente não existem para sempre, vale dizer, os recursos naturais são limitados, escassos e finitos. Destarte, a problemática vem à tona a partir do momento em que o homem domina a natureza, ou, nas palavras de Horkheimer, o homem domina a natureza em uma verdadeira cultura de autopreservação: "O ser humano, no processo de sua emancipação, compartilha o destino do resto do mundo. A dominação da natureza envolve a dominação do homem". (HORKHEIMER, 2003, p. 98)

De outra senda, assevera-se que existem riscos ecológicos decorrentes da globalização do processo industrial em grande escala. Em nome do progresso industrial,[6] o despejo de dejetos nas águas do Planeta, o uso desmedido de inseticidas nas lavouras e a poluição do ar estão, a passos largos, degradando a flora e a fauna. Mesmo que as novas tecnologias industriais tragam conforto para o bem-viver do homem moderno, há que se observar qual o verdadeiro impacto dessas novidades ao meio ambiente, a partir de uma análise metodológica crítica, com mote fulcral na teoria de Horkheimer.

1 Teoria tradicional *versus* teoria crítica

A Teoria Tradicional, calcada no desenvolvimento do método trazido por René Descartes, aplicada às ciências humanas, ao explanar a estrutura organizacional da sociedade, somente adapta a compreensão/reflexão à realidade, a partir da observação de um cientista neutro. Nesse afã, "não cabe ao cientista, dentro dessa concepção, qualquer valoração do objeto estudado, mas somente a sua classificação e explicação, segundo os parâmetros neutros do método". (ATANASIO JUNIOR, 2012, p. 39). Assim, o método da Teoria Tradicional se mostra inadequado para a utilização nas ciências humanas, porque "exclui de sua abordagem investigativa a temporalidade, a complexidade e as contradições da sociedade real" e, por conseguinte, traz à baila "um conhecimento segmentado e desconectado da organização estrutural da sociedade, e que legitima um modelo mercantilista voltado para o domínio da natureza e do próprio homem". (ATANASIO JUNIOR, 2012, p. 39). Em apertada síntese, no campo das ciências humanas, o emprego do método tradicional faz com que haja uma ruptura entre

[6] Pontuam Agostinho Oli Koppe Pereira e Cleide Calgaro que "o consumo, paradoxalmente, tem, de um lado, favorecido o desenvolvimento econômico da humanidade; por outro, têm sido acusado de danos ao meio ambiente – poluição do ar, da água; destruição da camada de ozônio; aquecimento global. Assim, pretende-se ir além destes dois elementos que permeiam a literatura especializada, buscando verificar a criação de um verdadeiro consumocentrismo, capaz de influenciar a sociedade como um todo. Objetiva-se estudar, no âmbito da modernidade, a interferência do hiperconsumo no sistema jurídico e no sistema democrático, bem como avaliar, se essa interferência possui o condão de possibilitar a insustentabilidade ambiental, com reflexos sociais relevantes. Também, objetiva-se verificar o que é o desenvolvimento sustentável e como o mesmo é visto na lógica capitalista moderna. E, por fim, pretende-se verificar o paradoxo existente entre o consumocentrismo e o desenvolvimento sustentável". (PEREIRA; CALGARO, 2016, p. 33).

o sujeito que observa o fenômeno e o fenômeno em si e, nesse contexto, a observação se torna muito ampla, e seus objetivos não são alcançados. Entende-se que a Teoria Tradicional peca por não observar que inexiste neutralidade no sujeito que observa. Todo observador carrega sua carga valorativa e esta não pode ser dissociada do sujeito. Ademais, se existentes contradições, as mesmas não poderão ser reparadas pelo uso do método tradicional ocorrendo, portanto, apenas a revisão das hipóteses ou até mesmo a refutação da obervação feita, já que a mesma pode ter sido errônea.

Por seu turno, a Teoria Crítica de Max Horkheimer, consoante alhures asseverado, nasceu a partir de críticas à economia política. A teoria preconizada pelas reflexões frankfurtianas passou por dois diferentes momentos. O primeiro momento foi influenciado pelas concepções político-sociais do marxismo. Já no segundo momento houve uma preocupação da "práxis transformadora em função do advento do capitalismo administrado". Destarte, a Teoria Crítica, do primeiro momento de Horkheimer, tem como objeto "os homens como produtores de todas as suas formas históricas de vida". (HORKHEIMER, 1975, p. 163). O observador não é neutro e desprovido de convicções. Aliás, a partir de suas convicções, o observador busca, através da práxis, analisar os fatos sociais. Portanto, não há como existir a separação do objeto observado e a atividade teórica; não há como separar o sujeito do objeto observado: são fenômenos indissociáveis que não podem ser analisados de forma fragmentada e apartada de um contexto histórico. Nesse sentido, não pode ocorrer a separação entre a teoria e a práxis. Para tanto, Horkheimer advoga que o desenvolvimento da observação, aliado à práxis, se desenvolve a partir de uma investigação interdisciplinar: a investigação, a partir de uma observação crítica dos ramos das ciências humanas entre si interligadas, nascendo, assim, o materialismo interdisciplinar que apresenta, como resultado, uma interpretação mais complexa, rica e não alienada da realidade.

2 O desenvolvimento sustentável e a aplicabilidade da teoria crítica na tutela ambiental

A aplicabilidade da Teoria Critica na tutela ambiental deve ser encarada como a conscientização de que o homem não pode se autodenominar superior

e, por conseguinte, querer dominar a natureza. A natureza não pode ser concebida "como um simples instrumento do homem" (HORKHEIMER, 1975, p. 163) e não pode ser encarada a partir de uma perspectiva dissociativa: não há como dissociar o homem da natureza. Essa visão da interação homem/natureza, a partir de uma perspectiva dualista (separação do sujeito e do objeto) é, na verdade, uma abstração, em que a natureza é reprimida e colocada à disposição da razão dominadora antropocêntrica. No tópico, Machado assevera que "o relacionamento das gerações com o meio ambiente não poderá ser levado a efeito de forma separada, como se a presença humana no planeta não fosse uma cadeia de elos sucessivos". (MACHADO, 2013, p. 158).

Por outro lado, o crescimento da população mundial trará, inevitavelmente, o esgotamento dos recursos naturais do Planeta Terra. Conforme a Organização das Nações Unidas, em apenas 30 anos, entre o ano de 1970 e o ano 2000, a população mundial aumentou de quatro para seis bilhões de habitantes. Se a população continuar a aumentar nesse ritmo, estima-se que, em 2050, a Terra terá cerca de nove bilhões de pessoas. O aumento da população mundial ocorreu pelo desencadeamento de vários fatores. Com a evolução científica, houve a descoberta de novos remédios e a cura de doenças que, por exemplo, na década de 40, eram consideradas fatais. Com o surgimento de melhores condições sanitárias e centros de saúde disponíveis, a humanidade passou (e vem passando) por uma alteração: um crescimento, sem precedentes, da população mundial e, com esse crescimento desmedido, resta a seguinte indagação: A malversação dos recursos naturais e a má-interação do homem com o meio ambiente podem desencadear catástrofes ambientais? Esta indagação é inquietante e preocupante e é feita para que se comece uma profunda reflexão. E é, no sentido de reflexão, que a análise da dimensão evolucionista e funcional do direito tem suma importância, tanto para a preservação ambiental quanto para a evolução do próprio direito. Consoante Aronne (2006, p. 33), "[...] o direito é como a vida. Dificilmente reconhece a linearidade como natural". A evolução do direito está intimamente ligada à estrutura social e ao comportamento humano dentro da coletividade: a evolução do direito se dá a partir de valores éticos e de toda a carga axiológica de determinada comunidade. Vale dizer, a interação humana com o meio ambiente está atrelada à dimensão cultural de determinado grupo social; "[...] pois é

através da construção dos valores e da identidade culturais que os comportamentos e as atitudes humanas são praticados, gerando efeitos positivos ou negativos no meio natural". (NOGUEIRA, 2012, p. 157). E, inclusive, nos moldes do que já trazia Horkheimer com a Teoria Crítica, "[...] é imprescindível o diálogo entre os diferentes conhecimentos (científico e tradicional), que ressaltem a diversidade cultural como forma de garantir um meio ambiente equilibrado". (NOGUEIRA, 2012, p. 157).

Logo os conflitos de interesses que, porventura, se apresentem serão solucionados a partir de uma norma que regule as diversas formas agônicas de organização social. O meio ambiente acompanha a sociedade em movimentos de progresso e regresso e se modifica de acordo com a evolução da própria sociedade.[7] Essa modificação ocorre porque, nos seres humanos,[8] a identidade do eu é sempre uma continuidade de um processo de experimentação ao longo do tempo. Nesse mesmo sentido, o crescimento do direito[9] está intimamente relacionado ao progresso social e é, a partir da construção do progresso social, que emerge a evolução do próprio Estado Democrático de Direito,[10] em prol da

---

[7] Clarice Costa Sönghen (2006, p. 171), ao refletir sobre a revolução científica, também testemunha e evolução social ao pontificar que: Na história das ciências, a revolução científica do século XVI, provocada pelas descobertas de Copérnico, Galileu e Newton, iniciou uma nova ordem para a ciência. No entanto, no século XVIII, a transformação técnica e social realizada na História da humanidade já suscitava uma reflexão sobre os fundamentos da sociedade, no que tange, principalmente, ao distanciamento entre o conhecimento oriundo do senso comum e o conhecimento científico, produzido por poucos e inacessível à maioria que, em última instância, pode ser traduzido pela investigação acerca da relação entre teoria e prática.

[8] "Uma vez que o corpo humano não possui relógios quase anuais ou fotoperiódicos evidentes para assinalar as mudanças sazonais, as sociedades tiveram de inventar o equivalente cultural: o calendário". (SZAMOSI, 1988, p. 68).

[9] Rudolf von Jhering (1963, p. 177), ao analisar a evolução do direito, diz que "o direito não é o princípio superior que rege o mundo; não constitui um fim em si mesmo: não é mais que um meio para a realização de um fim, o qual é a manutenção da sociedade humana. Se a sociedade não poder manter-se no actual- estado jurídico, se o direito não poder ajudá-la a isso, a força virá trazer remédio á situação. São as grandes crises da vida dos povos e dos Estados, durante as quais o direito se suspende, tanto para as nações como para os indivíduos. O próprio direito consagra esta situação para os indivíduos ('), como em muitas constituições a consagrou para o próprio Estado".

[10] Para Délton Winter de Carvalho (2013, p. 407), o Direito, seja como prática nuclear (judiciária jurisprudencial) ou periférica (legislação), deve normatizar um processo de *estabilização dinâmica* dos desastres. Neste sentido, as *melhores práticas* (*better practices*) consistem em aplicações locais de formas de enfrentamento dos desastres, enfatizando o conhecimento cultural, geografia, ambiente e ciência local. Uma das principais características das melhores práticas consiste em sua variabilidade de acordo com o caso em concreto (flexibilidade

concretização dos direitos fundamentais. O Estado Democrático de Direito é o balizador de valores de justiça, ao positivar e/ou normatizar princípios fundamentais de direito natural, dando-lhes vestes de garantias e preceitos fundamentais previstos na Constituição. Portanto, no Estado Democrático de Direito,[11] a existência de um sistema de direitos fundamentais (justiça social, igualdade e legalidade) torna possível a discussão, democrática e instrutiva, da dogmática jurídica.[12]

De qualquer sorte, com fulcro na ideia de evolução consolidativa[13] do Estado Democrático de Direito ao Estado Socioambiental e Democrático de Direito, Sarlet e Fensterseifer sugerem a agregação das conquistas do Estado Liberal e do Estado Social às exigências e aos valores do Estado Socioambiental de Direito.[14] Nesse diapasão, o Estado Socioambiental e Democrático de Direito, consoante ensinam Sarlet e Fensterseifer (2010, p. 7), pode ser entendido, em apertada síntese, "[...] como um Estado comprometido com o respeito, proteção

---

orientada), levando em consideração os fatores de uma determinada comunidade, seus riscos e eventos. Estas podem apresentar uma dimensão de casos comparados entre localidades diferentes e experiências locais, porém, o que diferencia este conceito do conceito *best available science* é que este último tende a servir, constantemente, de reproduções acríticas de métodos ou estratégias que, em determinado momento e local, tiveram êxito. Já as *melhores práticas* (*better practices*) abrangem sempre uma reflexão crítica da viabilidade e eficiência de implementação local de estratégias de prevenção e resposta a desastres, a partir das características e das peculiaridades culturais, axiológicas, científicas, jurídicas e ambientais de uma *determinada* localidade. Assim, o direito é capaz de manter sua *estabilidade normativa* com suficiente fluidez e dinâmica, necessárias para processos de tomada de decisão urgentes, servindo de orientação e diretriz em conformidade e com os pilares do *Estado Democrático de Direito* (Ambiental)".

[11] Lenio Luiz Streck (2003, p. 206), ao fazer constatações sobre o Estado Democrático, salienta que "às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promovedora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático agrega um *plus* (normativo): o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter no seu interior as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o *welfare state* não passou de um simulacro".

[12] Nesse aspecto, diz Leonel Ohlweiler (2004, p. 154) que "[...] a dogmática jurídica, dentro de uma perspectiva hermenêutica, funciona como a possibilidade mesma de ter acesso à compreensão".

[13] Sobre a evolução consolidativa do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito, leia-se: MORAIS; STRECK, 2004, p. 88-99).

[14] Por seu turno, José Joaquim Gomes Canotilho (1996, p. 156, v. 1), diferencia o modelo do Estado de Ambiente do Estado Liberal, ao referir: "[...] o 'Estado do Ambiente' não é um Estado liberal, no sentido de um Estado de polícia, limitado a assegurar a existência de uma ordem jurídica de paz e confiando que também o livre jogo entre particulares – isto é, uma 'mão invisível' – solucione os problemas do ambiente.

e promoção tanto da dignidade humana, quando da dignidade da vida em geral". O Estado Socioambiental e Democrático de Direito deve primar pela sustentabilidade ambiental. A sustentabilidade ambiental consiste na conservação dos componentes do ecossistema, de modo a observar a capacidade que o ambiente natural tem de manter as qualidades de vida para as pessoas e para outras espécies. Juarez Freitas (2011, p. 106). destaca que o desenvolvimento sustentável, levado a bom termo, introduz intencionalmente, na sociedade e na cultura, o paradigma axiológico e existencial da sustentabilidade homeostática. Toda fonte de energia renovável não deve ser extrapolada de forma que ultrapasse o que dela pode render, pois o fundamento do desenvolvimento sustentável é ter como meio a amenização desse recurso natural a curto e longo prazo simultaneamente. Nesse sentido, o desenvolvimento sustentável versa em reconhecer os recursos naturais, de modo que as atividades econômicas e industriais não se desenvolvam desprezando a natureza. Em apertada síntese, a sustentabilidade é o modo de sustentação, ou seja, da qualidade de manutenção de algo. Este algo "somos nós", nossa forma de vida enquanto espécie biológica, individualidade psíquica e seres sociais. Obviamente, também se inclui, no princípio da sustentabilidade, o meio ambiente – *lato sensu* – e as demais formas de vida do Planeta – afinal, embora o ser humano possua autonomia de existência, não possui independência da natureza. Por mais que nos mostremos seres socioculturais, ainda somos, também, seres biológicos, afinal, "[...] a preocupação com o meio ambiente tem origem na relação do homem com o meio que o cerca". (BUTZKE; SPARREMBERGER, 2011, p. 9). Enfim, é sob esse ângulo de discussão, dentro do Estado Socioambiental e Democrático de Direito, como vetor da realização dos direitos fundamentais, à luz dos princípios basilares de direito ambiental,[15] onde não se dissocia o homem da natureza, que se propõe a aplicabilidade da Teoria Crítica de Max Horkheimer à tutela ambiental.

[15] José Joaquim Canotilho (1998, p. 29-33), aduz que "por nossa parte defendemos a ideia segundo a qual se pode e se deve falar em Direito Ambiental não só como campo especial onde os instrumentos clássicos de outros ramos do Direto são aplicados, mas também como disciplina jurídica dotada de substantividade própria. Sem com isso pôr de lado as dificuldades que tal concepção oferece e condicionamentos que sempre terão de induzir-se a tal afirmação".

Conclusão

O presente ensaio articulou, mediante a análise da Teoria Crítica e dos ensinamentos da Escola de Frankfurt, uma nova visão de cooperação ambiental estruturada à luz do processo de integração homem/natureza. Em uma visão de cooperação não há como dissociar o homem da natureza: não há como dissociar o sujeito do objeto. A natureza mão está submetida ao homem, e o homem não pode utilizá-la, até a escassez, a partir de uma perspectiva calcada no antropocentrismo. Concretizar os deveres para a comunidade, para o outro, é o que torna possível o desenvolvimento sustentável, tanto do ser humano quanto da própria natureza.

Nessa linha argumentativa, já defendemos, em coautoria com Molinaro, que a dignidade é pantapórica, pois aposta na dilatação de todos os caminhos, na ampliação do humano. (MILHORANZA, 2007, p. 60-61). A dignidade do humano é mais restrita que a noção de dignidade da pessoa humana. Tal é assim, pois, mesmo a pessoa (*persona*) que age ou trabalha de modo intencional, ao prejuízo do outro, não perde sua dignidade íntima de "pessoa", *persona*, por isso, por vezes, mais é "máscara" ou, em outras, mais é "face" – também valores (não)humanos. Com a dignidade do humano, as coisas são diferentes. A dignidade do humano é deontológica, revela-se na capacidade de assumir deveres, comprometer-se com o conveniente, portanto com outro e em proteger tudo aquilo que é "caro" ao homem. Nesse viés e, em última análise, com a proteção da própria natureza.

Referências

ARONNE, Ricardo. *Direito civil-constitucional e teoria do caos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ATANASIO JUNIOR, Mario Roberto. *Teoria crítica e direito ambiental*. 2012. Tese (Doutorado) – USP, São Paulo, 2012.

BÍBLIA. *A Bíblia Sagrada:* o Antigo e o Novo Testamento. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2004. Gênesis 1, 28.

BUTZKE, Alindo; SPARREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Direito ambiental e direitos humanos: a relação homem versus ambiente e o problema do fogo nos Campos de Cima da Serra. In: BUTZKE, Alindo; DALLA ROSA, Mardióli (Org.). *Queimadas dos campos:* o homem e o campo: a natureza, o fogo e a lei**.** Caxias do Sul: Educs, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). *Introdução ao direito do ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Privatismo, associacionismo e publicismo no direito do ambiente: ou o rio da minha terra e as incertezas do direito público. *Ambiente e Consumo*, Lisboa, v.1, 1996.

CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. São Paulo: Melhoramentos, 1962.

CARVALHO, Carlos Gomes de. *O que é direito ambiental?* dos descaminhos da casa à harmonia da nave. Florianópolis: Habitus, 2003.

CARVALHO, Délton Winter de. As mudanças climáticas e a formação do direito dos desastres. *Novos Estudos Jurídicos,* Itajaí, v. 18, n. 3, p. 397-415, set./dez. 2013.

DRUON, Maurice. *O menino do dedo verde*. 82. ed. São Paulo: J. Olympio, 2008.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade:* direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 106.

HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2000.

HORKHEIMER, Max. *Filosofia e teoria crítica*. São Paulo: Abril Cultural, 1975. (Coleção Os Pensadores).

HORKHEIMER, Max. *Teoria tradicional e teoria crítica*. São Paulo: Abril Cultural, 1975. (Coleção Os Pensadores).

JHERING, Rudolf Von. *A evolução do direito*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, 1963.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARGULIS, Lynn; SAGAN, Dorian. *O que é vida?* Rio de Janeiro: J. Zahar, 2002.

MARX, Karl. *O capital***:** crítica da economia política. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

MENDONÇA, Rita. *Conservar e criar:* natureza, cultura e complexidade. São Paulo: Senac, 2005.

MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; MOLINARO, Carlos Alberto. Da tutela da confiança e do cumprimento da decisão em matéria de emissão de declaração de vontade e em matéria de pré-contrato**.** In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto; TESHEINER, José Maria Rosa (Coord***.).*** *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil:* estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Dr. Araken de Assis. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito*. 2006. Dissertação (Mestrado) – PUCRS, Porto Alegre, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado.* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

NOGUEIRA, Andrezza Rodrigues. Sustentabilidade socioambiental e meio ambiente cultural: análise do sistema de produção familiar do artesanato em barro no Alto do Moura – Caruaru – PE. In: AGUSTIN, Sérgio; CUNHA, Belinda Pereira (Org.). *Diálogos de direito ambiental brasileiro*. Caxias do Sul: Educs, 2012.

OHLWEILER, Leonel. *Direito administrativo em perspectiva*: os termos indeterminados à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide. Desenvolvimento sustentável e o consumocentrismo: o paradoxo da modernidade. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. O *consumo na sociedade moderna*: consequências jurídicas e ambientais. Caxias do Sul: Educs, 2016.

PIERANGELLI, José Henrique. Agressões à natureza e proteção dos interesses difusos. *Justitia*, São Paulo, n. 144, p. 9-22, out./dez. 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice:* o social e o político na pós-modernidade. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Apresentação da obra estado socioambiental e direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SZAMOSI, Géza. *Tempo & espaço*: as dimensões gêmeas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

SÖNGHEN, Clarice Costa. Epistemologia e metodologia científica: uma perspectiva pluralista. In: ARONNE, Ricardo. *Direito civil-constitucional e teoria do caos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOUZA, Draiton Gonzaga de. A relação do homem com a natureza em Feuerbach: do panteísmo à obra. A essência do cristianismo. In: SOUZA, Draiton Gonzaga de; BAVARESCO, Agemir (Org.). *Direito e fFilosofia I.* Porto Alegre: Letra & Vida, 2013. v. 1.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de constituição: análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Ajuris,* Porto Alegre, v. 30, n. 92, p. 206-234, dez. 2003.

14
Direito e natureza no debate jusfilosófico kelseniano

Mateus Salvadori*

Introdução

A Teoria Pura do Direito não trata de uma ordem jurídica especial, de um conjunto de normas nacionais ou internacionais, mas é uma teoria do Direito positivo em geral, e ela fornece uma teoria da interpretação. Por ser ciência jurídica e não política do Direito, ela visa a responder *o que é e como é o Direito* e não lhe interessa saber *como deve ser o Direito*, ou *como deve ele ser feito*. (KELSEN, 2006, p. 1).

> Quando a si própria se designa como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Este é o seu princípio metodológico fundamental. (TPD, p. 1).[1]

A ciência jurídica do séc. XIX e início do séc. XX tem se confundido demasiadamente com outras áreas estranhas a ela, tais como a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política. Kelsen sabe e concorda que existe uma estreita relação entre estas áreas com o Direito, porém o que ele quer evitar, com a sua Teoria Pura, é justamente o sincretismo metodológico. O objetivo central da Teoria Pura kelseniana foi desenvolver uma ciência jurídica isenta de qualquer interferência, a não ser a do próprio Direito.

A ciência do Direito, como conhecimento de um sistema de normas jurídicas, não pode constituir-se senão excluindo tudo o que é estranho ao Direito propriamente dito. (PERELMAN, 1968). Segundo Warat, a teoria kelseniana

* Mestre e doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Rio Grande do Sul – Brasil. Professor de Filosofia na Universidade de Caxias do Sul (UCS), Rio Grande do Sul – Brasil. *E-mail*: mateusche@yahoo.com.br

[1] TPD será a abreviação da obra *Teoria pura do direito*, de Kelsen. As obras citadas serão as traduções indicadas nas referências e as obras em língua estrangeira serão traduzidas pelo autor do presente texto.

se pretende “pura” em dois sentidos distintos: a) libertar-se das considerações ideológicas ou dos julgamentos de valor quanto ao sistema jurídico positivo; e b) a sociologia jurídica, bem como a política, a economia e outras ciências afins podem ser consideradas ciências auxiliares, mas estão fora da caracterização específica da ciência jurídica. (2000, p. 156).

Kelsen objetivou criar uma ciência jurídica purificada de elementos valorativos, e acabou estabelecendo um rígido critério de demarcação entre ciência e seu objeto e entre o mundo do ser e o do dever ser. Existe, em sua teoria, uma clara preocupação com o rigor e com questões de fundo metodológico.

1 Realização e significação do fato jurídico

Ao verificar qualquer fato jurídico (resolução parlamentar, ato administrativo, sentença judicial, negócio jurídico, etc.) percebem-se dois elementos: 1) a realização do ato no espaço e no tempo; 2) a significação jurídica do ato. Por exemplo,

> [...] um comerciante escreve a outro uma carta com determinado conteúdo, à qual este responde com outra carta. Significa isto que, do ponto de vista jurídico, eles fecharam um contrato. Certo indivíduo provoca a morte de outro em consequência de uma determinada atuação. Juridicamente isto significa: homicídio. (TPD, p. 2).

Um ato de conduta humana pode ser, juridicamente, autoexplicativo, como, por exemplo, os atos de indivíduos reunidos em um parlamento podem ter como significado que estão votando uma lei; ou quando uma pessoa deixa um testamento, isso significa que ela está declarando a sua última vontade.

O fato que se encontra no espaço e no tempo, sendo, portanto, objetivo e constituindo-se como ato jurídico (lícito ou ilícito), é uma parcela da natureza e, assim sendo, é determinado pela lei da causalidade. Mas se esse mesmo ato fosse apenas uma parcela da natureza e determinado somente pela lei da causalidade, ele não seria jurídico.

Para ser jurídico, ele tem que ter significação jurídica. E isso é possível por meio da norma jurídica, pois ela funciona como um esquema de interpretação e empresta ao ato um significado, seja ele jurídico ou antijurídico. Para Kelsen,

"[...] o Direito [...] é uma ordem normativa de conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano." (TPD, p. 5).

Norma é um *dever ser*, é como o homem *deve* conduzir-se diante de determinadas situações. "[...] uma norma pode não só comandar mas também permitir e, especialmente, conferir a competência ou o poder de agir de certa maneira." (TPD, p. 06). Pela norma, a conduta é permitida, prescrita ou facultada sendo, portanto, um dever-ser. *Ser* e *dever ser* são expressões distintas. Por exemplo, "a porta será fechada" e "a porta deve ser fechada". A conduta do dever ser, da norma é distinta da conduta de fato. O princípio que governa o mundo do ser é a causalidade (tudo o que ocorre pressupõe uma causa); o princípio do mundo do dever ser é o da imputabilidade, em virtude da qual se atribui uma consequência em razão da prática de determinado ato.

> Quando se diz que o dever-ser é "dirigido" a um ser, a norma a uma conduta fática (efetiva), quer-se significar a conduta de fato que corresponde ao conteúdo da norma, o conteúdo do ser que equivale ao conteúdo do dever-ser, a conduta em ser que equivale à conduta posta na norma como devida (devendo ser) – mas que se não identifica com ela, por força da diversidade do modus: ser, num caso, dever-ser, no outro. (TPD, p. 7).

Kelsen cita o exemplo de um gângster e, após, de um funcionário de finanças. Nos dois casos, você terá que lhes entregar uma certa quantia de dinheiro. Em ambos os casos, há o mesmo sentido subjetivo, porém só na ordem do funcionário de finanças tem o sentido de uma norma válida, vinculante para o destinatário.

As normas podem ser estabelecidas também pelos costumes. Quando os indivíduos seguem certos padrões e se conduzem de determinadas maneiras por um certo tempo e em iguais condições, surge nos indivíduos a vontade de se conduzirem da mesma maneira. "O sentido subjetivo dos atos que constituem a situação fática do costume não é logo e desde o início um dever-ser." (TPD, p. 10). As normas jurídicas são produtos dos costumes, se a Constituição da comunidade assumir o costume como fato criador do Direito.

Kelsen destaca que "uma norma pode não só ser querida, como também pode ser simplesmente pensada sem ser querida". (TPD, p. 10). Neste caso, ela não é uma norma positiva, posta, mas pressuposta no pensamento. A vigência

de uma norma, a sua existência, que é diferente de um ato de vontade, só entra em vigor depois de o ato de vontade ter deixado de existir.

Os indivíduos (que funcionam como órgãos legislativos), após a aprovação de uma lei sobre determinada matéria e a colocarem em vigor (vigência), dedicam-se em outras matérias e, mesmo quando os indivíduos que a aprovaram falecerem, as leis continuarão valendo. Por isso, classificar a norma em geral e a norma jurídica em um sentido particular, como *vontade* ou *comando* do Estado ou do legislador é um equívoco, pois *vontade* ou *comando* remete a um ato psíquico.

A vigência da norma pertence à esfera do dever ser e não do ser. Mas afirmar que uma norma vale, que ela é vigente, não significa que ela seja aplicada e respeitada. Uma norma não aplicada e respeitada não é uma norma vigente. Vigência e eficácia não coincidem cronologicamente, pois a norma jurídica entra em vigor antes de se tornar eficaz, ou seja, antes mesmo de ser aplicada e seguida.

Por exemplo, um tribunal que "aplica uma lei num caso concreto imediatamente após a sua promulgação aplica uma norma jurídica válida. Porém, uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz. A eficácia é, nesta medida, condição de vigência [...]". (TPD, p. 12).

A validade da norma está sempre condicionada ao espaço e ao tempo. Esse domínio de vigência pode ser limitado ou ilimitado. Sendo limitado, a norma vale apenas para um determinado espaço e um determinado tempo. Sendo ilimitada, a norma pode valer sempre e em toda parte.

As normas, em geral, referem-se às condutas futuras. Porém, podem referir-se também às passadas. Uma norma jurídica, que liga à produção de determinado fato um ato coercitivo como sanção, pode determinar que um indivíduo que tenha certa conduta, antes da criação da norma seja punido. Tal conduta vem a ser considerada como delito. A norma pode determinar tanto que no futuro se execute um ato de coerção quanto que no passado um ato de coerção que tenha sido executado sem o dever ser, ou seja, sem ter o caráter de uma sanção, deveria ter sido realizado e de agora em diante ele valerá como sanção.

Por exemplo, na Alemanha nazista, “certos atos de coerção que, ao tempo em que foram executados, constituíam juridicamente homicídios, foram posteriormente legitimados retroativamente como sanções e a conduta que os determinaram foram posteriormente qualificadas como delitos”. (TPD, p. 14).

> Assim, por exemplo, pode a lei de um governo que conquistou o poder pela via revolucionária retirar a validade, retroativamente, a uma lei editada pelo governo anterior e segundo a qual certas ações praticadas pelos sequazes do partido revolucionário foram punidas como crimes políticos. É verdade que aquilo que aconteceu não pode ser transformado em não acontecido; porém, o significado normativo daquilo que há um longo tempo aconteceu pode ser posteriormente modificado, através de normas que são postas em vigor após o evento que se trata de interpretar. (TPD, p. 15).

Uma norma jurídica pode retirar validade de outra norma jurídica do passado, retroativamente. Os atos de coerção desta norma do passado perdem o seu caráter de pena ou execução.

2 A regulamentação da conduta humana

A moral não vale apenas para um conjunto de homens, mas vale para todos os homens. Já as normas jurídicas valem apenas para um conjunto de homens submetidos a essas normas como, por exemplo, um ordenamento jurídico estadual vale apenas para os que vivem no território do Estado. Além da moral, outros aspectos da conduta humana não são normados, como, por exemplo, o aspecto econômico, religioso, político, etc. “O que as normas de um ordenamento regulam é sempre uma conduta humana, pois apenas a conduta humana é regulável através das normas.” (TPD, p. 16).

Segundo Kelsen, “a conduta humana disciplinada por um ordenamento normativo ou é uma ação por esse ordenamento determinada, ou a omissão de tal ação. A regulamentação da conduta humana [...] processa-se por uma forma positiva e por uma forma negativa”. (TPD, p. 16).

A conduta humana é regulada positivamente quando: é prescrita uma ação ou omissão a um indivíduo de um determinado ato; quando é conferido a um indivíduo o poder ou a competência para produzir, através de uma determinada atuação, determinadas consequências pelo mesmo ordenamento normadas, especialmente se o ordenamento regula a produção de normas; e quando uma

determinada conduta, que normalmente é proibida, "é permitida a um indivíduo por uma norma que limita o domínio de validade da outra norma que proíbe essa conduta". (TPD, p. 17).

A conduta que é fixada em um ordenamento normativo, como pressuposto ou como consequência, é positivamente regulada. Já negativamente regulada é a conduta humana que, não sendo proibida, não é também positivamente permitida "por uma norma delimitadora de domínio de validade de uma outra norma proibitiva – sendo, assim, permitida num sentido meramente negativo". (TPD, p. 18).

A conduta real/fática pode corresponder ou contrariar a norma. Quando a conduta real é como deve ser, ou seja, quando está de acordo com a norma objetivamente válida, é um juízo de valor positivo e a conduta real é *boa*. Já quando a conduta não é como deve ser, ela é um juízo de valor negativo e a conduta real é *má*.

A norma válida funciona como medida de valor à conduta real. A conduta real é um fato da ordem do ser, existente no tempo e no espaço, um elemento ou parte da realidade. E somente porque é um fato do ser, a conduta pode ser avaliada como *boa* ou *má* e ter um valor *positivo* ou *negativo*. "É a realidade que se avalia." (TPD, p. 19).

As normas que constituem os juízos de valores são formuladas por atos de uma vontade humana e, por conseguinte, os valores por meio delas constituídos são arbitrários. Tendo como base outros atos de vontade humana, outras normas, com outros valores, poderiam ser construídas, podendo ser até mesmo valores opostos. Desta forma, as normas legisladas pelos homens constituem valores relativos.

A vigência de uma norma que prescreva uma determinada conduta como obrigatória não exclui a vigência de outra norma com um valor oposto. "A norma que proíbe o suicídio ou a mentira em todas as circunstâncias pode valer o mesmo que a norma que, em certas circunstâncias, permita ou até prescreva o suicídio ou a mentira." (TPD, p. 20). Todavia, não podemos considerar válidas as duas normas ao mesmo tempo.

Uma teoria científica não prescreve uma conduta como procedente de uma autoridade supra-humana, de Deus ou da natureza criada por Deus, mas apenas por normas estabelecidas por atos humanos. Valor e realidade são

esferas diferentes. Enquanto o valor pertence ao dever ser, a realidade pertence ao ser. A norma não pode ser classificada como verdadeira ou falsa, mas como válida ou inválida.

> O valor que consiste na relação de um objeto, especialmente de uma conduta humana, com o desejo ou vontade de um ou vários indivíduos, àquele objeto dirigida, pode ser designado como valor subjetivo – para o distinguir do valor que consiste na relação de uma conduta com uma norma objetivamente válida e que pode ser designado como valor objetivo. (TPD, p. 21).

Quando o juízo segundo o qual uma conduta humana é boa ou má significa apenas que a conduta é desejada/querida ou não por uma ou várias outras pessoas. Por outro lado, quando o juízo traduz que determinada conduta humana é *boa* ou *má*, desejada ou não desejada, a partir de uma norma objetivamente válida, os valores *bom* e *mau* valem em relação às pessoas cuja conduta é apreciada e julgada e também em relação a todas as pessoas cuja conduta é determinada como devida, independentemente se as pessoas desejarem ou não tal conduta.

3 O valor em sentido subjetivo e objetivo

O valor em sentido subjetivo (relação de um objeto com o desejo ou vontade de uma pessoa) é diferente do valor em sentido objetivo (relação de uma conduta com uma norma objetivamente válida). O primeiro pode ter diferentes graduações (intensidades); o segundo, não pode ter diferentes graduações, pois a conduta ou é conforme ou não é conforme a uma norma objetivamente válida. O juízo de valor é objetivo quando, por exemplo, se de acordo com o Direito a pena para um assassino deve ser a pena capital, pode e deve verificar-se sem levar em consideração se aquele que deve dar a resposta aprova ou desaprova a pena de morte.

Segundo Kelsen, “como valor designa-se ainda a relação que tem um objeto, e particularmente uma conduta humana, com um fim. Adequação ao fim (*Zweckmässigkeit*) é o valor positivo, contradição com o fim (*Zweckwidrigkeit*), o valor negativo”. (TPD, p. 24). O “fim” pode ser tanto objetivo como subjetivo. Um fim objetivo é um fim que *deve ser* realizado e estatuído por uma norma

objetivamente válida. Um fim subjetivo é aquele que um indivíduo se põe a si próprio e que ele deseja realizar.

Uma ordem normativa, ao regular uma conduta humana quando essa está em relação a outras pessoas, é uma ordem social. Por exemplo, em uma ordem jurídica (que se configura como uma ordem social), se prescreve uma conduta como devida e uma sanção para a conduta oposta. "O ser-devida da sanção inclui em si o ser-proibida da conduta que é o seu pressuposto específico e o ser-prescrita da conduta oposta." (TPD, p. 27). E para não admitir o *regressum ad infinitum*, a última sanção não pode ser prescrita, apenas autorizada.

> Na antiguidade havia em Atenas um tribunal especial perante o qual corria o processo contra uma pedra, uma lança ou qualquer outro objeto através do qual um homem, presumivelmente sem intenção, havia sido morto. E ainda na Idade Média pôr uma ação contra um animal – contra um touro, por exemplo, que houvesse provocado a morte de um homem, ou contra os gafanhotos que tivessem aniquilado as colheitas. O animal processado era condenado na forma legal e enforcado, precisamente como se fosse um criminoso humano. (TPD, p. 33-34).

Na Idade Média, a conduta animal e não só a humana era juridicamente fixada. Este conteúdo jurídico é absurdo nos dias atuais. Porém, o conteúdo "deve ser reconduzido à representação animística segundo a qual não só os homens mas também os animais e os objetos inanimados têm uma alma". (TPD, p. 34). Assim, não há diferenças, neste quesito, entre objetos inanimados, animais e humanos.

O direito, conforme Kelsen, é coativo, pois reage contra situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas. Assim, o ato coativo funciona como sanção e aplica ao destinatário um mal. Normalmente, o destinatário recebe o ato como um mal. Todavia, há exceções a esta regra: quando o criminoso deseja a pena por remorso; ou quando o criminoso deseja a pena de prisão porque a mesma lhe garante teto e alimento.

Ao afirmar que o direito é uma ordem coativa, significa salientar que o direito, pela estatuição de sanções, motiva os indivíduos a agirem conforme a conduta prescrita. E a motivação de evitar sanções é apenas uma das funções do direito e não a sua função necessária. Em todas as ordens sociais (jurídica, moral e religiosa, por exemplo) há a coação psíquica. Portanto, não é a coação psíquica

que distingue uma ordem das demais. “O direito é uma ordem coativa [...] no sentido de que estatui atos de coação, designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens econômicos e outros [...].” (TPD, p. 38).

Segundo Kelsen, a comunidade jurídica possui um monopólio de coação. A ordem jurídica, ao determinar os pressupostos sob os quais a coação deve ser exercida e os indivíduos pelos quais deve ser exercida, acaba protegendo os indivíduos que lhe estão submetidos contra o emprego da força por parte dos outros indivíduos. A segurança pública é alcançada quando esta proteção alcança um determinado mínimo. (TPD, p. 40).

Uma noção mais restrita da segurança coletiva se dá quando o monopólio da coerção da comunidade jurídica atingir um mínimo de centralização. Nesse caso, a autodefesa é, em princípio, excluída. E uma noção em seu grau máximo de segurança coletiva se dá quando a ordem jurídica estabelece tribunais dotados de competência obrigatória e órgãos executivos centrais, tendo à sua disposição meios de coerção que a resistência não tem quaisquer perspectivas de resultar.

Um exemplo disso é o Estado moderno. (TPD, p. 41). Porém, mesmo nele subsiste um mínimo de autodefesa (é o caso da legítima defesa). O objetivo da segurança coletiva é a paz. “O Direito é uma ordem de coerção e, como ordem de coerção, é – conforme o seu grau de evolução – uma ordem de segurança, quer dizer, uma ordem de paz.” (TPD, p. 41).

> Enquanto a vingança de sangue constituir uma instituição jurídica, enquanto o duelo for juridicamente permitido e até juridicamente regulado, enquanto apenas a morte dos membros livres da comunidade, e não a morte dos escravos e dos estrangeiros, constituir ato ilícito; enquanto, nas relações entre os Estados, a guerra não for pelo Direito internacional, não pode validamente afirmar-se que a situação jurídica represente necessariamente uma situação de paz, que assegurar a paz constitua uma função essencial do Direito. (TPD, p. 42).

O conceito de sanção, em um sentido amplo, se estende a todos os atos de coerção da ordem jurídica. Segundo Kelsen, “[...] o Direito regula a conduta humana não apenas num sentido positivo – enquanto prescreve uma tal conduta ao ligar um ato de coerção, como sanção, à conduta oposta e, assim, proíbe esta conduta”, mas pode regular a conduta humana em um sentido negativo, “na medida em que não liga um ato de coerção a determinada conduta, e, assim, não

proíbe esta conduta nem prescreve a conduta oposta". (TPD, p. 46). Toda conduta não juridicamente proibida é juridicamente permitida.

A base de uma ordem de coerção eficaz é a norma fundamental que representa o fundamento de validade de uma ordem jurídica. Por isso, não se confere, por exemplo, ao comando de um salteador de estradas, o sentido objetivo de uma norma vinculadora do destinatário (de uma norma válida), pois esse ato não é interpretado como ato jurídico. Ao se conceber o Direito como uma ordem de coerção, "a fórmula com a qual traduzimos a norma fundamental de uma ordem jurídica estadual significa: a coação de um indivíduo por outro deve ser praticada pela forma e sob os pressupostos fixados pela primeira Constituição histórica". (TPD, p. 56).

Kelsen explica a formação de um sistema normativo escalonado, a partir de uma hierarquia, segundo a qual a norma superior confere validade à norma inferior. E justamente para que essa transferência de validade não se perca no interminável, deve haver a norma última, a norma hipotética fundamental. Esta norma está fora da ordem jurídica, mas proporciona a garantia de validade de todo o sistema. As normas "se apoiam umas nas outras, formando um todo coerente: recebem uma das outras a sua vigência (validade), todas dependendo de uma norma fundamental, suporte lógico da integralidade do sistema". (REALE, 1975, p. 403).

Ao propor elaborar uma teoria jurídica pura, Kelsen encontrou o problema de não tratar de conceitos que possuíssem a mesma natureza. Por exemplo, i) empíricos e genéricos, como os elaborados pela técnica jurídica, tais como a pretensão, a declaração de vontade e o sujeito de direito; ii) outros, ainda empíricos, mas agora referentes a objetos e situações relacionados à vida social, como casa, árvore, fruto e serviço; iii) relacionados à essência de fenômenos típicos da vida social, como comunhão de bens, propriedade privada, pessoa e posse; e, finalmente, iv) aqueles que se reportam a valores éticos, como boa-fé, usos e costumes e mulher honesta. (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 37).

Com sua Teoria Pura, ele reduziu todos esses fenômenos a um único referencial, a saber, a norma jurídica. Os fenômenos jurídicos foram, em sua Teoria, ordenados coerentemente a partir de uma dimensão normativa. Por meio da distinção entre ser e dever ser e, consequentemente, do mundo da natureza e do mundo das normas, Kelsen não nega que o Direito é um fenômeno

de amplas dimensões, “sendo objeto de uma Sociologia, História, Antropologia, Psicologia, Ética etc. Para a ciência do Direito *stricto sensu*, porém, ele deve ser visto como um objeto que é o que é pela sua especial forma normativa”. (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 37).

A ordem jurídica não é explicada a partir do debate acerca do justo. Kelsen reconhecia que não é possível nenhuma garantia de que uma determinada ordem jurídica possa ser considerada efetivamente justa em dado momento. Não existe um elemento transcendental ou último que possa outorgar ao direito positivo o adjetivo de justo. (KOZICKI, 2000, p. 157).

4 Direito e moral

Há três teses centrais do juspositivismo do séc. XX. A primeira é a tese dos fatos sociais, que diz que a existência do Direito depende de uma construção humana (certas atitudes, convenções, comportamentos...). Portanto, nega-se aqui a existência de normas naturais. A segunda, defende a separabilidade entre Direito e moral. A validade do Direito não depende de seu mérito moral, o que implica que Direito injusto ainda é Direito. Nega-se, assim, a fundamentação do Direito na moral. A terceira e última tese é a da discricionariedade. O material jurídico se esgota devido a lacunas normativas, contradições normativas ou indeterminações linguísticas e certos casos, destarte, ficam sem respostas à luz do Direito. E é justamente nestes casos que o responsável pela decisão tenha que exercer o seu poder discricionário.

O filósofo austríaco propôs uma metodologia própria ao positivismo, a chamada abordagem avalorativa. É seu o princípio metodológico de pureza, pelo qual a teoria do Direito, com caráter científico, deve estar depurada de elementos valorativos e de considerações sociais e políticas. Kelsen não nega a relação que há entre Direito, política e moral; todavia, defende que é necessário excluir esses elementos, para construir uma teoria própria que descrevesse objetivamente o Direito.

Em sua obra principal, o jusfilósofo investiga a norma jurídica, compreendida como esquema objetivo de interpretação de um ato. A norma é um comando que prescreve um sentido objetivo aos atos humanos. Esse sentido objetivo opõe-se ao sentido subjetivo pelos quais cada indivíduo interpreta as

ações. Kelsen também propõe um sistema dinâmico de normas para o ordenamento jurídico. Assim, uma norma é válida se está conforme as normas superiores e se sua produção está conforme o procedimento previsto nestas. O sistema dinâmico opõe-se ao estático, defendido pelos filósofos jusnaturalistas. O Direito é apreendido pela sua contínua transformação.

A norma é válida até que o procedimento previsto pelo próprio Direito a extinga ou a substitua por outra. O desuetudo ocorre quando a norma permanecer por um longo período sem ser observada ou aplicada, perdendo, assim, sua validade. A eficácia do Direito é condição de validade das normas, todavia não é o fundamento. O ordenamento jurídico corresponde a um sistema hierárquico de normas com uma cadeia de validade, que não é interminável. Os dois extremos dessa cadeia são: em um extremo, a norma individual e concreta que os órgãos judicantes emanam ao decidir um caso, conforme autorização legislativa; em outro extremo há a norma da qual todas as normas extraiam seu fundamento de validade comum. O que dá a unidade e a validade do ordenamento é a norma fundamental.

A norma hipotética fundamental estabelece apenas a autorização para a criação do Direito e não o conteúdo do ordenamento. Ela apenas atribui poder a uma autoridade legisladora que determina como criar normas. Ela é pressuposta e não posta, pois se fosse posta dependeria de outra norma superior. E é um mero pressuposto lógico-transcendental que fornece o fundamento de validade das normas de um ordenamento. Enfim, ela é uma norma, pois fornece um esquema de interpretação objetiva para a conduta produtora e aplicadora de outra norma. Os pressupostos do positivismo jurídico são apontados pela doutrina como uma espécie de contraposição ao Direito natural, porque a teoria positivista é uma doutrina do Direito que nega a existência de outro Direito senão o positivo. (Bobbio, 1995, p. 26).

Kelsen destaca que a interpretação é uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito, desde uma norma superior até uma inferior. Esse processo é dividido em duas categorias: a interpretação autêntica (realizada pelo órgão jurídico competente e criadora de Direito e fonte formal do mesmo) e a interpretação não autêntica (realizada individualmente por um cidadão e, especialmente, pela ciência jurídica e não é criadora de Direito, sendo assim fonte material do Direito).

Devido às normas não serem completamente precisas e por possuírem um certo nível de vagueza, o órgão competente de Direito precisa escolher uma das possibilidades de interpretação que determinada norma possui. A norma superior cria uma espécie de moldura, que limita a atuação da norma inferior, onde existem várias possibilidades legais de aplicação do Direito, e a interpretação é responsável pela escolha de uma das possibilidades que se inserem nessa moldura do Direito.

Segundo Rouland (2003, p. 33), os sistemas jurídicos e seus elementos teóricos foram concebidos por distintos vínculos de origem, ou seja, esses sistemas não foram construídos necessariamente por meio de uma linguagem escrita. Claro que a escrita é importante para o desenvolvimento histórico do Direito, porém não é responsável direta pela sua origem.

A moral pode ser vista como um fato histórico, porque é compreendida como um modelo histórico-comportamental "[...] cuja característica é a de estar-se fazendo ou se autoproduzindo constantemente tanto no plano de sua existência material, prática, como no de sua vida espiritual". (VÁZQUEZ, 2008, p. 37). Perelman (2005, p. 31) diz: "Qualquer evolução moral, social ou política, que traz uma modificação da escala de valores, modifica ao mesmo tempo as características consideradas essenciais para aplicação da justiça".

Defende-se a atenção do Direito às transitoriedades morais, porque é necessário que o Direito se compreenda no seu sentido autêntico, não mero imperativo do poder, não simples meio técnico de quaisquer estratégias, mas validade em que a axiologia e a responsabilidade do homem se manifestem. (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 43).

Kelsen, ao abordar o tema da interpretação jurídica, no seu livro *Teoria pura do direito*, fala em ato de vontade e ato de conhecimento. O ato de vontade ocorre quando o intérprete se manteria neutro, agindo exclusivamente por meio de um ato cognoscitivo (ou de conhecimento), que é um ato desprovido de vontade. A interpretação cognoscitiva define a moldura e conhece todas as possibilidades de ação possíveis legalmente. Já o ato de vontade ocorre quando o intérprete, dentro das possibilidades definidas, escolherá uma de suas opções. A interpretação cognoscitiva combina-se coma um ato de vontade, em que o órgão aplicador efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas por meio

da mesma interpretação cognoscitiva. A escolha de uma das possibilidades é puramente subjetiva.

A relação entre Direito e moral foi debatida pela História da Filosofia do Direito e, nela, se destacam três grandes escolas: o jusnaturalismo, o juspositivismo e o pós-positivismo. O jusnaturalismo defende a tese da vinculação, que vincula direito e moral. O juspositivismo destaca a tese da separação, que busca distinguir, de modo claro e científico, o campo da moral e do Direito (segundo Kelsen, todo e qualquer conteúdo pode ser direito). E, por fim, a tese da complementariedade diz que há espaços distintos de atuação entre direito e moral, mas, em alguns casos, a insuficiência do direito pode ser resolvida pelo discurso moral. Alexy, defensor da tese da complementaridade, salienta que a moral serviria como um parâmetro de correção do Direito. O Direito preservaria uma autonomia relativa, na medida em que os padrões de eficácia social, legalidade e conformidade com o ordenamento estariam mantidos. Todavia, na existência de algum tipo de lacuna ou de injustiça, o discurso moral poderia corrigir o discurso jurídico axiológico e deôntico.

Por fim, Dworkin diz que entre o Direito e a moral há uma interconexão. Assim, o Direito é um segmento da moral política, e o argumento jurídico aparece como um tipo específico de argumento moral. Justamente em vista das influências dos argumentos ético-jurídicos nas constituições contemporâneas, destaca-se a doutrina de Dworkin que, embora respeitado o contexto em que foi produzida, foi responsável por elevar a discussão acerca da relação entre Direito e moral para o campo prático das decisões judiciais. Dworkin propôs maneiras ideais de interpretar as cláusulas de teor moral da Constituição norte-americana. (DWORKIN, 2003, p. 154).

Já segundo Habermas, a ideia da cooriginariedade consubstancia-se em uma espécie de judicialização de conceitos morais, de modo que o conjunto de uma determinada ordem jurídica tem o dever de concretiza,r no mundo fenomenológico, a ordem moral inteligível, a qual reúne, por exemplo, valores históricos relativos aos deveres éticos da sociedade. (HABERMAS, 1997, p. 140).

Estes diferentes aspectos entre direito e moral podem ser resumidamente elencados em seis elementos antagônicos entre si: heteronomia *versus* autonomia; bilateralidade *versus* unilateralidade, e coercibilidade *versus*

incoercibilidade. Ao passo que o direito é heterônomo, bilateral e coercível, a moral apresenta-se autônoma, unilateral e incoercível. (GUSMÃO, 2008, p. 72).

Conclusão

Kelsen tem como objetivo criar uma ciência jurídica pura, livre de valorações e de questões ideológicas. Segundo Carnelutti (1999), para a Teoria Pura é preciso e necessário conceber o Direito com olhos de jurista, sem procurar a todo instante elementos que a Psicologia elabora, a Economia desenvolveu ou a Sociologia nos apresenta.

A Teoria Pura é um estudo do jurídico sem interferências externas ao Direito. Porém, isso não significa que Kelsen negou a utilidade da sociologia e da filosofia para o Direito, mas desenvolveu uma teoria em que afastou esses elementos do estudo científico do Direito. (REALE, 1975, p. 401).

A Teoria Pura visa a produzir um conhecimento científico dirigido ao Direito, construindo um saber autônomo, regido apenas pelas suas próprias leis. Para tal, a ciência jurídica necessita libertar-se do todos os elementos que lhe são estranhos, "sem procurar explicitá-lo, transformá-lo, justificá-lo, nem o desqualificar a partir de pontos de vista que lhe são alheios. Esta é a exigência metodológica fundamental que nos define o sentido da ideia de pureza". (WARAT, 1983, p. 27).

À ciência do Direito só se pode pedir o conhecimento das normas jurídicas. (LIMA, 1952, p. 230). O único objeto do conhecimento jurídico é o Direito, e o Direito é a norma, nada mais que a norma. E acerca da norma hipotética fundamental, pressuposta e não positiva, pode-se afirmar que ela confere validade a todo o ordenamento jurídico, pois, devido a sua superioridade, ela outorga validade à norma positiva que ocupa o ápice do ordenamento e essa confere validade, sucessivamente, as demais normas do ordenamento.

Além de conferir validade, a norma fundamental também permite distinguir as normas jurídicas das demais normas não jurídicas, como as normas morais e religiosas. Como? Toda norma que não tiver sua validade decorrente dela, não poderá ser considerada parte do ordenamento jurídico positivo.

A vigência do ordenamento jurídico está atrelada à sua eficácia. Se o ordenamento não tiver um mínimo de eficácia, de aplicabilidade no mundo real,

logo perderá sua vigência. A eficácia não é condição de validade da norma jurídica considerada isoladamente, mas condição de validade para todo o ordenamento jurídico. Apesar de Kelsen separar o *ser* do *dever-ser*, ao tratar da vigência e da eficácia, ele reconhece que é preciso um mínimo de eficácia (que está no plano do *ser*), para se ter vigência (que está inserido no plano do *dever-ser*).

Referências

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico:* lições de filosofia do direito. Trad. de Márcio Pugliese. São Paulo: Icone, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Lejus, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, v. LXXIV [separata], p. 1-44, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. são Paulo: Atlas, 1986.

GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao estudo do direito*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOZICKI, Katya. *Conflito e estabilização*: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. Florianópolis, 2000. 289 f. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

LIMA, Hormes. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1952.

PERELMAN, Chaïm. *Droit, morale et philosophie.* Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1968.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito.* Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. v. II.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder*. Florianópolis: UFSC, 1983.

______. *Conflito e estabilização*: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. 2000. 266 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética.* Trad. de João Dell' Anna. 30. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

15
Os desafios da pluriversalidade para a interculturalidade: reflexões sobre hermenêutica, identidade e alteridade nas sociedades contemporâneas

Maurício Martins Reis[*]
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger[**]

Considerações iniciais: a identidade como ponto de partida filosófico

Tomar-se-á a identidade numa perspectiva hermenêutica, ou interpretativa, de orientação a partir da qual o ser humano é capaz de tomar uma posição. (TAYLOR, 2011, p. 44). Trata-se da hermenêutica da faticidade, na qual estamos inseridos; o horizonte fático irrenunciável no interior do qual os processos de interpretação do mundo (e da própria identidade) são igualmente o culminar de uma autocompreensão. É certo que tal oriente significativo nos rememora a analítica existencial de Martin Heidegger, em *Ser e tempo*, cuja gramática peculiar não se quer enxertar para a presente reflexão, nada obstante o assento existencial demonstrar-se como inequívoco e irrenunciável para qualquer discurso científico. Em realidade, o impulso problemático a estruturar esta introdução consiste na aporia geral da racionalidade, capaz de se relacionar especificamente com todas as temáticas possíveis, com a especialidade aqui direcionada para o conceito de identidade: "Ou bem há um mundo fático

[*] Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Doutor em Filosofia pela PUC-RS. Professor na Faculdade de Direito e no Programa de Mestrado da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) e do Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: Constituição, direitos fundamentais, hermenêutica jurídica, controle de constitucionalidade, decisões interpretativas e jurisdição constitucional. Atua igualmente na área de Filosofia (Hermenêutica e Fenomenologia), Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica e Argumentação Jurídica. Atende linhas de pesquisa voltadas para a Hermenêutica, Argumentação Jurídica e Direito Jurisprudencial.

[**] Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora adjunta no curso de Graduação e Programa de Mestrado em Direito e Justiça Social da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Professora na Faculdade de Direito e no Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (POA-RS). Professora pesquisadora no CNPq e Fapergs. Grupo de Pesquisa: Direito e Justiça Social. Constitucionalismo Latino-Americano e Direito e Justiça Social.

sedimentado e não há qualquer possibilidade de pensar em singularizações, ou bem há singularizações e nunca chegamos a nos deparar efetivamente com um mundo fático sedimentado". (CASANOVA, 2013, p. 109).

A pergunta acerca de quem somos (identidade) induz para uma orientação moral atualmente oscilante entre o universal e o particular. Mais precisamente, para uma dialética entre o si e o outro que não o si mesmo: não estaria nesse pêndulo a aporia antes denunciada, agora estabelecida em termos jurídicos? Poderia haver uma identidade que tomasse apenas o si e não o outro? E, ao tomar o outro pela postulação da experiência da heterogeneidade, poderia haver o constructo do conceito de identidade? Conforme relata Taylor (2001), as pessoas são modeladas por aquilo que julgam universalmente válido e igualmente por contornos compreendidos como aspectos particulares, numa dupla vertente indissociável da condição de quem somos, especialmente no atributo identitário mais básico, segundo o qual um interlocutor humano é capaz de responder por si mesmo. (TAYLOR, 2011, p. 46).

A noção de que a identidade enquanto conceito pode solapar a insurgência do outro ou da diferença carrega consigo a aporia da razão. Em realidade, seriam três as dificuldades insolúveis desse ponto de vista genérico (racional, da ordem do pensamento e da argumentação), estabelecidas para aquele que pretende pela racionalidade desmentir ou desacreditar determinado conceito, tema ou teoria, oriundos da mesma racionalidade crítica: a aporia de uma razão que persiste em desempenhar sua atividade, depois de ter perdido todo direito à existência; a de uma razão que critica a razão, e com isso compromete seus fundamentos para a crítica; e a de uma razão que quer solapar o conceito, mas para isso não pode abrir mão dele. (ROUANET, 2005, p. 331). Em contrapartida a uma postura crítica contraditória, avessa e arisca às determinações da razão, poder-se-ia incidir na hipérbole racional antípoda: a identidade centrada no "eu" ou na fórmula do *Cogito* de matriz cartesiana (duvido, sou) consiste no exemplo paradigmático a ambicionar, exaltando, a fundamentação derradeira alçada à categoria de verdade última. (RICOEUR, 2014, p. XVI). Os dois opostos se revelam censuráveis e é exatamente no ponto intermediário que se pode erguer a noção de identidade (si ou *self*) em torno da característica essencial do humano, segundo a qual não se pode dispensar alguma orientação para o bem, ou seja, de

que essencialmente somos a posição que assumimos em relação ao norte de valores. (TAYLOR, 2011, p. 51).

Por isso a questão sobre o sentido do ser – de sua identidade e das respectivas configurações morais e jurídicas afeta respectivamente os ambientes teleológico e deontológico – deita lastro no mundo, lugar existencial onde se dá, enquanto horizonte de evento, a abertura para todo o tipo de significação. (STEIN, 2010, p. 98). O mundo, lugar da hermenêutica da faticidade, mostra-se um horizonte digno de aposta, naquela recomendação dada por Pascal: se ganharmos, venceremos tudo; se perdermos, não sacrificaremos coisa alguma, porque não ficaremos mais pobres do que já estamos. (Apud ROUANET, 2005, p. 347). Em certa medida, essa aposta é preferível às alternativas elencadas como "a vertigem de um racionalismo aporético, a superficialidade de um positivismo míope, ou a aventura de um irracionalismo suicida". (ROUANET, 2005, p. 347). Isso significa a solidariedade originária entre pessoa e verdade (PAREYSON, 2005, p. 5), a condição para se justaporem modos coexistentes de se empreender hermeneuticamente o conceito (o histórico e o especulativo), com o fim de se elaborar um conceito interpretativo (hermenêutico) de identidade capaz de se mover no mundo, sem atirar-se ao beco sem saída da desconstrução, tampouco se confinando no receptáculo de expedientes teórico-intransigentes. As contemporâneas experiências de alheamento, obturadoras da possibilidade de se elaborar racionalmente um conceito, levam a um niilismo prático justificado por um déficit fundamental de sentido e por um ceticismo valorativo, a proporcionar a destruição física e espiritual da humanidade. (DÜSING, 2006, p. 14-16).

A abordagem da identidade, pois, convoca preliminarmente um ponto de partida filosófico, cuja base situaremos na hermenêutica do si em Paul Ricoeur. A escolha não se mostra arbitrária, muito menos aleatória, na medida em que a fundamentação hermenêutica em questão se situa "a igual distância da apologia do Cogito e de sua destituição" (RICOEUR, 2014, p. XV-XVI), isto quer dizer, em torno de uma militância crítica desindexada de qualquer matriz prévia, ou seja, inegavelmente equilibrada e sem pendores inerentes desacompanhados de alguma translúcida razão. Pode-se dizer que o fundamento hermenêutico para o conceito de identidade antepara a unidade antropológica – filosófica – a evitar a desintegração empírica do termo no seio da antropologia cultural. (STEIN, 2010,

101). Aliás, referida unidade – a de sentido – se consolida no enfrentamento de conceitos paralelos ao de identidade, com os quais o si (*self*) se articula, como é o caso do conceito de ideologia, igualmente suscetível de enredamento no problema do círculo vicioso constitutivo da racionalidade humana (a aporia acima identificada em suas três variantes). Paul Ricoeur por bem adverte: "Se tudo o que dizemos é enviesado, se tudo o que dissermos representa interesses que não conhecemos, como elaborar uma teoria da ideologia que não seja, ela própria, originária". (RICOEUR, 2015, p. 23).

Assim, o próprio niilismo estipulado como a impossibilidade da razão se mostra um análogo da versão marxista de ideologia, bem como um semelhante modal à aversão do discurso em sede de direitos humanos, todos eles conducentes ao paradoxo de se insurgirem contra a racionalidade, tomando ela própria como pressuposto para a elaboração dos seus programas teóricos de reprimenda. Ao revés disso, apela-se à estrutura da diferença ontológica, como novo modo de fundamentação, uma instância sedimentada no acontecimento hermenêutico mediado pela expressão da linguagem, com apoio na experiência do ser humano no mundo. (STEIN, 2010, p. 103). Nessa instância hermenêutica nada se entifica ou se objetiva mediante condicionamentos estanques definitivos, tampouco ela se constrange em produzir argumentos para postular uma via de acesso à verdade, como sói se costuma evitar hodiernamente na inconstância epistemológica típica do diferimento de sentido. Portanto, a viabilidade de uma visão crítica exacerbada a enxergar no conceito uma função essencialmente manipuladora, distorcida e opressora da realidade, na esteira de uma estratégia dialeticamente negativa a se evadir do campo conceitual, qualquer que seja o seu significante (ideologia, identidade, direitos, razão), implica inevitavelmente em assumi-la apenas enquanto possibilidade ou contingência, e não como um evento indelével a todo e qualquer discurso, cuja camada inerente remonta em verdade ao índice hermenêutico mais profundo atinente à constituição simbólica da estrutura da vida social dos seres humanos. (RICOEUR, 2015, p. 25).

A extensão alargada – para não dizer global – de conceitos tipicamente negativos, que suspeitam da razão (e de similares setoriais, tais como a ideologia, a identidade, os direitos humanos), oferece o paradoxo da contradição invencível da qual padecem: o conceito se submete contra si mesmo na sua

incontida reflexividade, tornando-se parte do seu próprio campo referente. (RICOEUR, 2015, p. 24). Assim Paul Ricoeur qualifica a filosofia de Nietzsche: ao se proclamar crítica a não mais poder frente à certeza elementar de Descartes quanto ao estatuto do *eu existo*, agudizando já para a experiência interna do pensamento a ressalva de que se pode tratar de uma ilusão, ela deixa de ser o inverso do *Cogito* cartesiano para implodir, destruindo, a própria questão da existência humana, sem a qual sequer o pensador poderia colocar em andamento as suas investigações céticas. (RICOEUR, 2014, p. XXVII-XXX). Duvidar melhor, no expoente das conjecturas nietzschianas, significa impossibilitar a própria dúvida como exercício da reflexão filosófica, já que ela anula a própria fronteira entre realidade e ilusão, entre filosofia e mitologia.

A identidade não pode ser aprisionada conceitualmente como se fosse um objeto, muito menos se pode preferir o ato contrário, por igual condenável, consistente em abdicar de sua consideração especulativa. O indício teórico calibrado por Charles Taylor vem à baila mais uma vez, ao afirmar que o *self* se configura "na medida em que nos movemos num certo espaço de indagações, em que buscamos e encontramos uma orientação para o bem". (TAYLOR, 2011, p. 51). Para ele, noutro passo, a articulação conceitual mínima ou indicativa acerca da identidade não pode ser inflacionada a ponto de se mostrar exauriente ou plena, isto é, de um ponto de vista sinalagmático alheio às dinâmicas hermenêuticas pragmaticamente vivas no interior da comunidade linguística, como se fosse um sistema de mera referência expressivo-declarativa.

Pelo fato de a instituição do si (*self*) depender também das próprias autointerpretações efetivadas no mundo da vida pelas identidades vivas, que acontecem na compreensão prévia da analítica existencial (ou da hermenêutica da faticidade), se qualifica tal pretensão conceitual completa como uma hipótese impossível destituída de efetividade. Isso em virtude da circunstância nada trivial de não podermos evidenciar por completo aquilo que temos por certo já na prévia estrutura de sentido a que o expediente da linguagem acede invariavelmente tarde; nas palavras de Humboldt, "onde há linguagem, existe o homem; mas para haver linguagem, já deve existir o ser humano". (STEIN, 2010, p. 162). Eis mais um desdobramento da aporia da razão suficiente, por um lado, e da razão desconfiada, por outro, ambas equivocadas por sua desmesurada ambição de totalidade, no sentido de respectivamente incluir e excluir objetos

em seu arsenal teórico de base: a situação original do *self* encontra-se num espaço comum no meio de outros, naquilo que Taylor denomina de “redes de interlocução”. (TAYLOR, 2011, p. 55).

Convém registrar o estatuto fundamental da hermenêutica para Paul Ricoeur, cuja origem mostra-se inclusive anterior (no sentido transcendental de condição de possibilidade) – porquanto constitutiva dos sistemas simbólicos, nos quais se situa a condição de possibilidade da inteligibilidade humana, antes mesmo de qualquer insurgência de conflito – a outras implicações não menos significativas para a filosofia. O conceito de identidade, por exemplo, resta implicado nessa prévia demarcação interpretativa transcendental, e Ricoeur dissocia nele duas projeções antitéticas à noção unidirecional de se conceber tal conceito, no sentido de uma configuração absoluta redutível ao destino do portador (si ou *self*), como um *si mesmo* ou *mesmo* idêntico. Por isso, realiza-se uma abertura dissociativa desse conceito na identidade *idem* (mesmidade) e na identidade *ipse* (ipseidade): esta última carrega consigo uma original e legítima orientação rumo ao outro que não o si mesmo (alteridade), num vínculo de proximidade deveras íntimo a ponto de ipseidade e alteridade constituírem certa dialética implicativa não vislumbrável no mero jogo de oposição comparativa entre mesmo (mesmidade) e outro. (RICOEUR, 2014, p. XIII-XIV). Não por acaso, dizer *si* – na hermenêutica do si – não significa apontar para *mim*, de modo que a reflexividade cogitada procura evitar a reduplicação do sujeito em primeira pessoa, um embuste teórico, em que o outro não deixa de ser um outro eu. (RICOEUR, 2014, p. 198).

Diante da exigência de se balizar o escopo jurídico dessa introdução, mostra-se necessário adentrar na hermenêutica ricoeuriana do si mesmo, cujo lugar epistêmico almeja se encontrar além da oposição extrema entre o *Cogito* (Descartes) e o *anti-Cogito* (Nietzsche), focando-a para as determinações normativas relacionadas às categorias do bom e do obrigatório. (RICOEUR, 2014, p. XXXIII). O filósofo concebe nessa dimensão normativa (moral, ética e jurídica) o desenvolvimento filosófico pleno e apropriado para a dialética entre o si e o outro. A dialética em comento apura um relacionamento que pressupõe para o *self* algo para além de uma neutralidade idêntica confinada à autoconsciência instantânea da identidade, apontando para um espaço (com profundidade temporal narrativa) repleto de indagações morais, característico da estrutura

transcendental inescapável do ser no mundo, encarregado de orientá-lo em sentido. (TAYLOR, 2011, p. 70-74). Ademais, o si em Ricoeur ostenta essa condição hermenêutica, na medida em que não se confunde com a análise imediata do si como eu (tal qual as filosofias desdobráveis do *Cogito* e de seu irrefletido contrário preconizam), além do aspecto de nele estar implicada a tarefa da reflexão em processos cuja análise precede o retorno para esta categoria, a qual, portanto, não se funda intransitivamente como causa soberana. (RICOEUR, 2014, p. XXXIII).

É importante dizer que o elemento transcendental iluminado pela hermenêutica do si, através da dialética reflexiva da alteridade, não pode ser confundido com outras propostas teóricas que manejam com outro tipo de proposta para a estrutura filosófica da transcendentalidade, especialmente se esta deita raízes na mesmidade do sujeito cognoscente. Ao rejeitar o reducionismo da identidade na figura do *eu* ou do *ego* solipsista, como a fenomenologia de Husserl concebe o ego transcendental numa espécie de gênese, a partir do mesmo (RICOEUR, 2014, p. 201), isto é, segundo a qual o conhecimento interpessoal – acerca do outro – apenas se perfaz na base de inferências empíricas, a partir do sujeito em primeira pessoa (GIDDENS, 2002, p. 52), Ricoeur promove um entrelaçamento dinâmico reflexivo entre o si e o outro, em que a subjetividade tomada na primeira pessoa depende da intersubjetividade pela conexão irremediavelmente pública do ser humano com linguagem: o ser humano confronta ou relaciona a sua própria linguagem com a linguagem dos outros. (TAYLOR, 2011, p. 58).

Desta feita, recusa-se drasticamente o solipsismo na sua navegação prioritária, a partir da qual a subjetividade funda a intersubjetividade. Na concepção hermenêutica ricoeuriana, então, o transcendental permanente de horizonte de sentido, constitui-se analogamente como uma clareira ou abertura para o mundo, condicionando ele próprio à extensão de sua possibilidade (nem desmedida, muito menos enclausurada), de maneira a albergar a ambivalência entre a unidade e o fragmentado, entre a constância de algum critério que impeça o silêncio da razão e a historicidade do questionar sobre a identidade e o agir humanos, ao longo da História (RICOEUR, 2014, p. XXXIV-XXXV). Para o pensador francês, a alteridade fornece ao conceito de si – e aos seus desdobramentos normativos – uma indispensável polissemia, nele imprimindo

"o selo da diversidade de sentido, que desbarata a ambição de fundamentação última". (RICOEUR, 2014, p. XXXVI). A hermenêutica do si, nada obstante, pretende um tipo de verdade, uma denominada "atestação" veritativa conciliável ao juízo dialético de análise e reflexão efetuado com o *self* e o outro (por igual, face à ipseidade e à mesmidade), situada num ponto intermediário menos incisivo do que o *Cogito* cartesiano, embora mais atuante comparado ao arrazoado niilista em Nietzsche. (RICOEUR, 2014, p. XXXVI-XXXVII).

A hermenêutica do si desemboca efetivamente em solo jurídico estrito quando da indagação sobre o lugar filosófico do justo (RICOEUR, 2008, p. 7), ou seja, na intersecção dos eixos horizontal e vertical essencialmente característicos da identidade, o primeiro vinculado à constituição dialógica do *self* (ipseidade), o segundo subordinado aos predicados que qualificam a conduta humana (moralidade). Trata-se, portanto, de filosoficamente transpor-se o inventário sociológico – de notável contribuição teórica – responsável por identificar os parâmetros fundamentais da vida humana, nos contextos da atividade social, a saber, aqueles que demandam fortalezas ontológicas e epistemológicas a respeito de quem somos, com quem nos relacionamos, como dotamos a nossa vida de sentido e para que nos destinamos enquanto identidade narrativa projetada no tempo histórico. (GIDDENS, 2002, p. 49-56). E essa transposição rumo ao lugar da justiça requer necessariamente a fiança simbólico-pragmática mediada pelo aparato da instituição, não no sentido burocrático-funcional de serem atuadas competências e foros declaratórios de direitos, mas no apelo substantivo do *si mesmo* como *cada um*, no tratamento correlativo a delinear a cada qual o que é seu. (RICOEUR, 2008, p. 8).

Com a instituição do procedimento judiciário, encarna-se ali o papel qualitativo do *julgar*, estabelecendo-se o magistrado (menos na sua pessoa e mais na sua função institucional) na condição de terceiro entre as partes do processo litigioso, uma espécie de terceiro em segundo grau, garantidor da adequada distância em vista de cada um dos litigantes a corroborar o apelo de justiça constante no adágio latino *suum cuique tribuere* (a cada um o que é seu). (RICOEUR, 2008, p. 9). A investigação em torno do justo, convencionado na estrutura deontológica dos ordenamentos jurídicos positivados, remonta, a propósito, ao fundamento da moralidade, à teleologia ética da constituição moral da ação que aspira a uma vida boa: consoante Ricoeur, "a justiça [...] faz

parte integrante do querer viver bem". (RICOEUR, 2008, p. 10). Isso se exemplifica facilmente na constatação intuitiva de anterioridade da conscientização do injusto à do justo, em virtude dos males que o ser humano é capaz de infligir a seus semelhantes, no contexto do compartilhamento social, ademais do fato dessa potencial violência a ser contingenciada (senão evitada) não se bastar como argumento definitivo, na passagem do bom ao obrigatório. (RICOEUR, 2008, p. 12).

A distinção eventualmente preconizada na literatura entre ética e moral não possui outra finalidade para a hermenêutica ricoeuriana senão a de convencionar uma divisória meramente esquemática, sem dissolver o plano comum a conectá-las numa genealogia dos costumes atrelada à mediação de continuidade no caminho do retorno para o si mesmo. Noutros termos, Ricoeur prescreve uma linha continuativa entre ser (identidade) e dever-ser (moralidade), que rechaça uma suposta dicotomia em abismo dessas duas constelações, especificando, ademais, no lugar filosófico do justo, a implicação dialética daquilo que é considerado bom, a ética, com o programa jurídico imposto como obrigatório, a moral. (RICOEUR, 2014, p. 184). Passo adiante, a figura do magistrado, como terceiro institucional em segundo grau, apenas efetivará a norma de justiça, se houver imparcialidade e independência de julgamento, cujo cerne se alcança mediante a referência indispensável ao código jurídico deontológico, melhor dizendo, à sua ideia originária de obrigação assentada filosoficamente na reivindicação de validade universal vinculada à própria noção de lei. (RICOEUR, 2008, p. 13).

O singular relacionamento da ética, tomada como o desiderato de uma vida boa, com a moral, voltada para a articulação jurídica desse desiderato mediante o estabelecimento de normas com alcance universal e poder coercitivo, significa para Ricoeur uma espécie de círculo virtuoso de recíproco suporte justificativo entre as duas esferas. Isso faz conceber um caminho hermenêutico não mais intransponível (como se supõe para autores que defendem o abismo ou fosso irredutível entre ser e dever-ser), capaz de efetivar o encontro dos domínios teleológico (ética) e deontológico (moral), especialmente quando se põe em relevo o mútuo processo de legitimação, principiado pela primazia da ética sobre a moral. Assim colocada tal proeminência, Ricoeur elabora dois passos subsequentes, a necessidade de a

finalidade ética passar pelo crivo da norma jurídica positivada e a legitimidade de a norma recorrer ao desiderato ético, quando houver impasses práticos, elaborando para cada qual terminologias específicas, quais sejam, a correspondência entre ética e estima de si mesmo e entre moral e respeito por si mesmo: em linha sucinta de definição, "o respeito a si mesmo é o aspecto assumido pela estima a si mesmo sob o regime da norma". (RICOEUR, 2014, p. 185).

Daí se engendra a hermenêutica do si voltada para a resolução de impasses drásticos na esfera do direito positivo, ocasião concreta em que nenhuma norma conseguirá carrear suficientemente, com caráter satisfatório de interface entre a ética e a moral, o guia seguro para o exercício efetivo do respeito simbolizado pela norma, no ordenamento jurídico. A hermenêutica da identidade se aproxima aqui da hermenêutica prática (cujo apogeu se instala na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer) de deliberação reflexiva, em vista de ponderar o melhor caminho para a vida (RICOEUR, 2014, p. 194), de enfrentar o "trágico da ação". (RICOEUR, 2008, p. 17). A consistência do justo, nesse aspecto, exorbita a fórmula estrita do positivismo exegético mais rasteiro, pois ela não se exaure no ponto de vista deontológico, de modo a se desvencilhar do programa ético rumo à "visada do bem", no instante de aplicação típico do universo da sabedoria prática ínsita à hermenêutica da realização interpretativa do direito.

A reivindicação de universalidade da justiça, pois, "fazem-na dividir-se entre a referência indelével ao bem e a atração que sobre ela exerce o estatuto puramente procedimental das operações constitutivas da prática legal" (RICOEUR, 2008, p. 14), ou seja, "o nível deontológico, considerado com razão como o nível privilegiado de referência da idéia de justo, não poderia tornar-se autônomo a ponto de constituir o nível exclusivo de referência". (RICOEUR, 2008, p. 15). Assim o justo se volta tanto para o lado ético do bem, evocando a projeção das relações interpessoais nas instituições, quanto para o lado moral da conformidade ao direito positivo, em que o sistema jurídico se retroalimenta com sua disciplina regulatória, a partir da orientação de expectativas endossada pelas normas vigentes. (RICOEUR, 2014, p. 219). Mais importante, há um elo entre obrigação e formalismo em Ricoeur, que fomenta um movimento de volta da moral à ética (do direito positivo ao senso daquilo que seja considerado bom), porém, numa retomada reflexiva de enriquecimento entre os dois âmbitos,

calibrada especialmente pelo investimento hermenêutico, tópico correlato ao problema concreto em situação de impasse pendente de ser resolvido pelo juízo prático. (RICOEUR, 2014, p. 227).

A hermenêutica do justo, poderíamos denominar assim, se estrutura em última análise na decisão singular levada a cabo por ocasião de um impasse de conflito e incerteza. (RICOEUR, 2008, p. 17). É na especificidade decisória da hermenêutica do justo que se identificam, contudo, as raízes originárias conducentes à hermenêutica do si, porquanto a esfera prática de deliberação institucional, para efeito de se resolverem conflitos, não deixa de ser um desdobramento do espectro reflexivo interior ao agir humano e à sua identidade. Assim se pronuncia Paul Ricoeur (2014, p. 196) a respeito dessa relação: "É num trabalho incessante de interpretação da ação e de si mesmo que prossegue a procura de adequação entre o que nos parece o melhor para o conjunto de nossa vida e as escolhas preferenciais que governam nossas práticas".

Retoma-se a metáfora do círculo (virtuoso) hermenêutico em vista do "jogo de vaivém entre a ideia de 'vida boa' e as decisões mais marcantes de nossa existência", que ocorre "como um texto no qual o todo e a parte são compreendidos um por meio do outro". (p. 196). Além disso, o filósofo não se furta de expressar, para o exercício de tal juízo prático diante do conflito de interpretações, a demanda por uma resolução adequada compatível com o contexto de uma sabedoria prudencial distinta do espaço de verificação mais estrito típico das ciências empíricas observacionais: eis aqui mais uma vez o critério de plausibilidade da "atestação", o qual se compraz com uma evidência atenuada, em que a certeza se transforma em convicção acerca do bem-julgar e do bem-agir. (RICOEUR, 2014, p. 197). Essa atestação ricoeuriana se denomina *fronética* (*phronesis*), consistente em "explorar a zona média na qual se forma o juízo, a meio caminho entre a prova, submetida à injunção lógica, e o sofisma, motivado pelo gosto de seduzir ou pela tentação de intimidar". (RICOEUR, 2008, p. 18).

A grande questão na hermenêutica do justo ecoa em saber se a redução do jurídico (moral) ao procedimento institucionalizado, a saber, ao reduto deontológico autonomizado nas leis, não deixaria escapar "um resíduo que exige certo retorno a um ponto de vista teleológico, não à custa da renegação dos procedimentos formalizantes, e sim em nome de uma demanda à qual esses

mesmos procedimentos dão voz”. (RICOEUR, 2014, p. 259). Eleva-se agora, nessa inevitável ocorrência factual consistente no transbordamento das balizas do procedimento, em virtude da repercussão negativa de injustiça particular (o resíduo que se deixa escapar) derivada do impacto malconsentido da concretização da fórmula moral estipulada pelos cânones convencionais da instituição jurídica, a objeção do caráter casuístico contextual frente à exigência de universalidade, em complexo grau de efetivação. (RICOEUR, 2014, p. 330). Trata-se de um dos problemas privilegiados pela lupa da hermenêutica ricoeuriana do justo – a ética da argumentação e seus limites, no confronto entre universalidade e contextualismo – de que se permitirá socorrer em descritivo objetivo, no deslinde desse preâmbulo.

A exigência de universalidade ou universalização repousa seu fundamento no princípio da autonomia da pessoa humana, o qual institui um dos aspectos mais soberanos da identidade como ipseidade, cuja faceta moral conecta-se mais diretamente ao quadro das relações interpessoais norteadas pelo devido respeito às pessoas, e das instituições administradas pela diretriz de justiça. (RICOEUR, 2014, p. 333). Ocorre que os limites de aplicação de um código deontológico incondicionalmente posto resultam mostrados na ambiência do específico problema decidendo, oportunidade em que a contextualidade da diferença casuística poderá, conforme seja a envergadura da fundamentação decisória em termos de coerência e integridade institucional (especialmente considerado o laço reflexivo que remonta à teleologia ética), integrar – e não quebrantar – o atributo de universalidade inerente ao produto legislativo positivado. Paul Ricoeur bem decifra esse incontornável paradoxo: “Quanto mais estritamente procedimental uma concepção de justiça pretender ser, mais recorrerá a uma ética argumentativa para resolver os conflitos por ela mesma engendrados”. (RICOEUR, 2014, p. 333).

A inestimável façanha do ser humano, em mediar reflexivamente a cada conflito concreto a precedência de universalidade diante dos problemas de contexto na plataforma das decisões acerca do justo, com vistas ao feito de resolver a imensa complexidade do real que o circunda, faz imbricar a identidade na história. É no mundo social que os seres humanos elaboram o processo de universalização, o qual se erige “como exigência de um processo de construção de mundos intersubjetivos igualitários (universalismo igualitário), participativos e

capazes de reconhecer as diferenças". (OLIVEIRA, 2012, p. 277). Uma das maneiras de colaborar para o êxito nesse processo de emancipação consiste no reconhecimento da alteridade, sem quedar na pura instrumentalidade do eixo dialético – constitutivo da identidade – entre o si e o outro (OLIVEIRA, 2012, p. 279), tal qual recomendado pela hermenêutica de Ricoeur.

Não há uma contraposição inerente estrutural entre as políticas de universalização e de afirmação da diferença. O que existe é um pendular jogo de forças cujo concerto harmônico deve ser contemplado, pela via da ética da argumentação, evitando-se apelos exacerbados, seja em prol da tutela do abstrato e idêntico tratamento das pessoas, seja em benefício da proteção irrestrita de suas identidades culturais. Um exemplo de criticável extrapolação discursiva reina na "apologia da diferença pela diferença que, em última instância, torna todas as diferenças indiferentes, uma vez que torna inútil qualquer discussão". (RICOEUR, 2014, p. 334). Pode-se dizer que Ricoeur mais uma vez aposta numa estratégia de conciliação para integrar as objeções do contextualismo em práticas reflexivas, que levem ao aperfeiçoamento das políticas institucionais de universalização: resta ao interlocutor da diferença na roda do discurso levar a sério o requisito de universalidade de modo a atender "as condições de contextualização dessa exigência", com o que se substitui o antagonismo entre argumentar e convencionar "por uma dialética fina entre argumentação e convicção". (RICOEUR, 2014, p. 335).

A ética da argumentação possuiria uma ação corretiva mediadora em meio aos demais jogos de linguagem presentes nas práticas comunicacionais cotidianas, porque ela se apresenta como "instância crítica atuante no âmago de convicções que ela não tem a tarefa de eliminar, mas de levar ao nível de 'convicções sopesadas'". (RICOEUR, 2014, p. 336). Talvez o crédito ricoeuriano, na convicção como parceiro inalienável neste equilíbrio reflexivo entre a exigência de universalidade e o reconhecimento das limitações contextuais, tenha o poder de inibir o paradoxo histórico apontado por Manfredo Araújo de Oliveira (2012, p. 282): "Nossas sociedades se preocupam cada vez mais em definir e proclamar listas de direitos humanos e, ao mesmo tempo, se mostram incapazes de transcender o plano formal de sua proclamação e de efetivá-los". Ilumina-se aqui o ponto nevrálgico de reforço recíproco entre deontologia e teleologia, entre a moral e a ética, a saber, localizado "no equilíbrio reflexivo entre ética da

argumentação e convicções sopesadas" (RICOEUR, 2014, p. 337), em que "a ética da argumentação é testada no conflito das convicções. (RICOEUR, 2014, p. 339). Não se ignore, por último, que o árbitro para o destino de um consenso somente pode descender de um reconhecimento no plano da plausibilidade, dessa "atestação" hermenêutica rumo a uma verdade possível capaz de nos alcançar novas propostas de sentido características de universais compartilháveis ou assumidos por convicções presentes em modalidades concretas – espontâneas e incoativas – de vida em sociedade. (RICOEUR, 2014, p. 338).

1 A busca pela alteridada para além da universalização e da diferença

Gadamer (1994, p. 13) afirma que o compromisso da hermenêutica é com "a conservação e a não supressão da alteridade do outro no ato compreensivo". A cultura da alteridade significa antes de tudo a valorização da linguagem e da tradição como instâncias que estabelecem condições interpretativas para a emergência do novo e do diferente. O ser humano está, constantemente, buscando o sentido da vida. Em tempos em que o *cogito* cartesiano e os sistemas totalizantes não mais dão conta da pluralidade que é o ser humano, questões como identidade, linguagem e alteridade[1] merecem discussões e aprofundamentos, e a hermenêutica pode contribuir para o desvelar do ser, da universalidade e da diferença.

A alteridade consiste em ser capaz de apreender o outro na plenitude da sua dignidade, dos seus direitos e, sobretudo, da sua diferença. Quanto menos alteridade existe nas relações pessoais e sociais, mais conflitos ocorrem. Percebe-se, nessa linha de raciocínio, que os conceitos de identidade e alteridade apresentam uma estreita ligação, ou seja, existe uma relação de reciprocidade. Assim, do mesmo modo que a noção da alteridade se constitui só a partir de um marcado *eu*, a mera presença do outro diferente de mim possibilita pensar sobre as condições desta minha identidade. Para Nancy Rita

[1] A palavra *alteridade* vem do latim *alter*, outro(a) é introduzida na filosofia contemporânea pela fenomenologia. Já na filosofia de Feuerbach fala-se da dialética da relação Eu-Tu e da presença do outro. E é principalmente na filosofia de Emmanuel Levinas que o conceito de alteridade vai se desenvolver de maneira universal e afirmativa. A presença da alteridade no pensamento cria uma nova perspectiva para a Ética, educação e para a antropologia. A alteridade apresenta-se como a novidade constante no processo e desenvolvimento da cultura. (SIDEKUN, 2007, p. 47).

Vieira Fontes (s.d., p. 6) o conceito de uma alteridade interior quebra a visão de grupo homogêneo *nós*, como acima explicitado, e levanta o assunto sobre a construção da identidade.

Stuart Hall (1999, p. 68-75), ao examinar o conceito de identidade, destaca dois componentes determinantes: a) a noção da identidade cultural que corresponde à perspectiva de uma história em comum, que representa a experiência de um determinado coletivo. A partir desta vivência acumulada, estabelece-se um contexto cultural que funciona como código comum e influi, de alguma maneira, em todo indivíduo pertencente ao coletivo. Esta visão representa uma concepção de relativa continuidade e da representação homogênea de uma entidade unida (a chamada universalidade); b) outro componente refere-se à heterogeneidade dentro de um todo coletivo. Esta segunda percepção apresenta um conceito de construção e transformação permanente mediante uma negociação contínua da identidade de cada sujeito (desvelar do ser). Pode-se denominar esta visão de posicionamento individual, de maneira que a identidade do sujeito se define como balanceamento de uma representação individual dentro de pontos de identificação de um contexto cultural estabelecido.

A questão da identidade e da alteridade possibilita muitos olhares em diversas direções. Em tempos de globalização, não há uma única resposta para a questão da identidade; ao contrário, as identidades surgem ou ressurgem com muitas roupagens, impossibilitando, assim, uma visão única sobre essa temática. As velhas identidades, que por muito tempo davam sustento ao mundo social (as universais), estão em declínio, envolvendo-se hoje a questão da identidade num processo de amplas mudanças. Insere-se na mesma problemática a cultura e sua importância no fortalecimento dos laços sociais, bem como na formação da identidade de um povo, tornando-se, por isso, um elemento essencial para a compreensão das sociedades e para a análise de suas diferenças. Percebe-se, que o debate sobre universalismos e relativismos e condições identitárias tem sido objeto de grandes debates na atualidade. A condição das sociedades atuais é marcada pelo surgimento de novas formas de política identitária em todo o mundo, intensificando as tensões entre as diversas culturas existentes.

As lutas identitárias estão mundialmente presentes, sendo que as reivindicações identitárias de gênero, raça, etnia e orientação sexual são um

desafio para os Estados- Nação e para a democracia. Com o processo de globalização, visualiza-se certa integração global juntamente com a desintegração sociocultural e com o surgimento de resistência por parte de interessados em proteger o local, seus modos de vida, sua autonomia e seus valores. Os movimentos para manter a pureza e as particularidades de uma cultura chocam-se; no entanto, com certas questões democráticas e também de desvelamento do *eu*. É nessa perspectiva, segundo Benhabib (2006, p. 10) que, como exposto anteriormente, a filosofia não acredita na pureza das culturas, ou na possibilidade de identificá-las como totalidades significativas diferenciadas. Acredita-se, isto sim, que as culturas são práticas humanas complexas de significação, de organização e de atribuição, divididas internamente por relatos em conflito. Assim, é justamente no mundo social e na construção de mundos intersubjetivos igualitários (universalismo igualitário), participativos e capazes de reconhecer as diferenças, que ocorrem e surgem diálogos complexos entre as culturas. A luta pelo reconhecimento do diálogo intercultural pode levar à separação, como também à compreensão e ao aprendizado mútuo. Num Estado Democrático de Direito, preservar a cultura de uma minoria significa enaltecer a democracia. Nesse sentido, Charles Taylor afirma que a política de reconhecimento é fundamental, uma vez que o diálogo intercultural é fator preponderante para a formação da identidade cultural do indivíduo, mesmo porque o indivíduo está em constante relação com outros sujeitos, ou seja, para Taylor a pessoa não é um ser isolado, mas sim um ser dentro de uma cultura. Para este autor a política de reconhecimento comporta reconhecer a pessoa em sua cultura, a identidade cultural da pessoa e, como derivado, a prática pelo Estado de uma política da diferença que abandone as estratégias de assimilação das culturas à cultura dominante (percebida como única e universalizante), e disponibilize recursos para que as culturas se mantenham e prosperem sem perder sua identidade. (TAYLOR, 1998, p. 85). Isto significa que as identidades não podem ser aprisionadas como se fossem um objeto dentro de uma cultura universalizante, é preciso constantemente o autorreconhecimento da *ipse*, pensar o outro que não só a si mesmo, isto é alteridade.

2 Identidade, alteridade e ampliação do multiculturalismo: categorias em (re)construção

Nessa trajetória filosófica pelos caminhos de uma ontologia hermenêutica, é possível considerar que o conceito de identidade pode ser compreendido em *"si mesmo como outro"*. Na elaboração do conceito de identidade para Paul Ricouer, chamada de narrativa, percebe-se a presença das chamadas identidades – pessoal e coletiva. (SALES, 2009). Segundo Sales (2009, p. 2), "nesse movimento de aproximação, distinção e entrecruzamento o sujeito só pode ser compreendido como sendo atravessado e constituído por uma série de mediações e desdobrado no tempo". Ainda para este autor,

> [...] uma distinção inicial se faz necessária: aquela entre mesmidade e ipseidade. A identidade como mesmidade (idem) diz respeito a características inalteráveis do ser individual que continua a ser o mesmo apesar das mudanças sofridas ao longo da vida, do tempo. A identidade como "si", como ipseidade (ipse), supõe a permanência no tempo. Trata-se de uma identidade que surge ao longo de uma história de vida, com referência a si mesmo. A partir dessa identidade, um sujeito é capaz de se reconhecer como autor e, portanto, responsável por seus atos, por seu agir. É capaz de se reconhecer responsável pelos efeitos do que fez, do que disse ou do que deixou de fazer e dizer. Consequentemente, é no campo da ipseidade que a ética se enraíza. Somente uma concepção de identidade narrativa é capaz de conjugar essas duas maneiras de permanência no tempo: sou o mesmo, mas outro; sou outro, mas o mesmo; sou outro diverso de mim mesmo. (SALES, 2009, p. 2).

Pelo visto, a identidade não pode ser compreendida como algo estático, por estar sempre em construção e reconstrução. Para Santos (2008, p. 145), "a identidade é uma categoria política, pois se torna a defesa de um grupo ou coletividade, uma defesa de si frente a uma possível ameaça do outro".

Paradoxalmente, a globalização produz a homogeneização de muitos valores, práticas e gostos, mas também é propulsora de diferentes expressões culturais. O cenário atual é amplamente marcado pelos valores advindos das relações capitalistas, deixando na periferia a solidariedade e as forças sociais alternativas. Nesse viés, a dominação cultural é bastante clara como forma de solidificação das bases capitalistas, das políticas de economia de mercado, do pensamento dominado pela razão científica, da propagação do individualismo.

Em oposição a esse cenário hegemônico, o meio de vida local torna-se uma grande saída para reafirmar a identidade, que está intimamente ligada à língua e à cultura de um povo. A localização proporciona uma relação de originalidade, de pertencimento e de autorreconhecimento, e isso é muito visível nas comunidades de emigrantes, os quais conseguem manter relações estreitas com sua cultura, alimentando assim o vínculo espiritual. Como lembra Bauman (2005), a retomada da questão da identidade se dá a partir do momento em que a condição de pertencer fica ameaçada – caso do atual processo de globalização homogeneizante e uniformizador –, ou seja, a ideia de identidade nasce a partir de uma crise de pertencimento e de autorreconhecimento de si e do outro. Para este autor, "a ideia de 'identidade' nasceu da crise de pertencimento e do esforço que esta desencadeou no sentido de transpor a brecha entre o 'deve' e o 'é' e erguer a realidade ao nível dos padrões estabelecidos pela ideia – recriar a realidade à semelhança da idéia". (BAUMAN, 2005, p. 25).

Pelo fato de todo ser humano ter fortes laços com o local em que se insere, existe um sentimento de pertencimento e de autorreconhecimento de si, razão pela qual o lugar se torna importante para a cultura, para a natureza, para a economia e principalmente para a identidade. Segundo Escobar (2005), o lugar – como a cultura local – pode ser considerado 'o outro' da globalização, de maneira que uma discussão do lugar deveria oferecer uma perspectiva importante para repensar a globalização e a questão das alternativas ao capitalismo e à modernidade.

Da mesma forma, para Zaoual (2003), o local acaba ganhando corpo diante de um mundo totalmente globalizado e universalizante, pois os pequenos elos estão ainda na comunidade. E é a partir do local que se busca uma solução para os conflitos, pois o indivíduo está mais ligado ao local do que ao global, tendo em vista a necessidade de se inserir em um lugar no mundo e de pertencer a uma comunidade. Na visão deste autor,

> [...] em todos os lugares, cada vez mais, as pessoas sentem necessidade de crer e de se inserir em locais de pertencimento. Assim, à medida que cresce o global, também se amplia o sentimento do local. As razões desse paradoxo são múltiplas, entre as quais mencionamos a seguinte: a globalização, sinônimo de mercantilização do mundo, introduz localmente um tipo de incerteza e de vertigem na mente humana. Uma das maneiras de reagir a isso consiste na busca da certeza de que somente a proximidade pode

> garantir, até certo ponto, o sentimento de pertencer. Esses processos ocorrem sob formas múltiplas, tocando todos os aspectos da vida humana. A volta da espiritualidade, a difusão da ecologia, a adesão a movimentos religiosos e culturais, mais ou menos radicais e, até, em certos casos, violentos, são aspectos que resultam da falência do economicismo. (ZAOUAL, 2003, p. 25).

Essa defesa do lugar permite enfatizar quatro direitos que são fundamentais: a identidade, o território, a autonomia política e o desenvolvimento. Para Oliveira (2006, p. 34), "possuir uma identidade é uma realidade que se impõe no mundo da vida como algo primordial", pois, quando há o reconhecimento da cultura local e de quem efetivamente somos ou construímos a partir de um norte de valores, o diálogo poderá acontecer, direitos poderão ser igualados e a participação de grupos excluídos nas decisões políticas e governamentais podem tornar-se realidade. Segundo Cesnik e Beltrame (2005, p. 25-47), a globalização reforçou as possibilidades de compartilharmos diversas identidades ao mesmo tempo, pois nos movemos com maior facilidade de uma cultura a outra, aprendemos línguas com rapidez, somos filiados aos valores da democracia, que nos fez mais tolerantes e podemos sentir com instantaneidade as angústias de um povo distante de nós. Essas possibilidades não mutilam a relação original com sua cultura, que até se reforçam pela percepção da diversidade.

Nessa possibilidade de alargamento do multiculturalismo, os efeitos do processo de globalização proporcionaram "o enfrentamento entre diferentes culturas que podem estar produzindo uma comunidade de diálogo e também de interdependência". (BENHABIB, 2006, p. 76). Para essa autora a globalização está criando um enfrentamento entre as culturas, línguas e nações, que acaba incidindo sobre a vida das pessoas; para tanto, o diálogo intercultural é uma importante ferramenta de pacificação. Percebe-se, assim, que a linguagem do eu e do outro se entrelaça para constituir novas identidades, a partir do diálogo das diferenças.

Importa, no entanto, não olvidar que o processo de globalização cultural não é de todo nocivo, desde que não imponha sua uniformização ou o fim da diversidade. Interessa, por isso, a crescente necessidade do exercício da tolerância, que significa a não interferência nos comportamentos culturais

distintos, preservando o respeito e o reconhecimento nos planos ético e jurídico, em especial no que se refere às minorias étnicas.

3 Considerações finais – identidade e alteridade e o papel das constituições em busca de uma plurietnicidade e pluriculturalidade

A relação entre cultura, identidade e alteridade inseriu-se, nos últimos anos, ao debate em torno do conteúdo e do papel das Constituições, tanto no que tange aos direitos das minorias, às reivindicações territoriais, à proteção dos direitos culturais, à língua, aos currículos escolares, quanto aos preceitos que fundamentam as Constituições.

É necessário que se reconheça a plurietnicidade e a pluriculturalidade que está presente na formação da maioria dos Estados, o que vem justificar a afirmação de que os Estados não possuem uma composição homogênea e, com isso, o reconhecimento e a tutela de todos os grupos presentes em sua formação é imprescindível para que a dignidade humana seja realmente protegida e respeitada. Sabe-se que a universalidade ou a universalização tem seu fundamento no princípio da autonomia e da dignidade da pessoa. Esta autonomia diante da universalidade possibilita o reconhecimento do eu e do outro nas diferenças plurais e no sentimento de pertencer a algum lugar. O que se busca, segundo Santamaria citando Dussel (2015, p. 138) é que se alcance, a partir da ética da alteridade, uma abertura do sujeito, para que este seja capaz de compreender o novo e a história que se construiu a partir do seu exterior. "El punto de partida es la víctima, el Otro, pero no simplemente como otra 'persona-igual' en la comunidad argumentativa, sino ética e inevitablemente (apodícticamente) como Otro en algún aspecto negado-oprimido (principium oppressionis) y afectado-excluido (principium exclusiones)". (SANTAMARIA, 2015, p. 138).

A respeito da identidade nacional ou cultural, Paviani (2004, p. 76-77) assevera que a identidade de um povo ou de uma cultura aponta para um conjunto de costumes, comportamentos, valores, obras e para elementos socioculturais, como a religião e a língua. Alerta o autor, porém, que o conceito de identidade nacional pode se tornar um instrumento equivocado da realidade cultural de um povo, uma vez que toda identidade é constituída sobre a

diferença. Dessa forma, na procura da identidade não se pode esquecer as diferenças. Mesmo que em relação aos seres humanos exista algo de comum, como os direitos fundamentais (tidos como universais), por exemplo, as diferenças entre eles devem ser admitidas. Alguns avanços estão sendo alcançados. E as identidades passam a se constituir a partir do Universal (colonialidade do saber), reconhecendo as diferenças locais e se constituindo como plurais. Os sujeitos passam a reconhecer a si e assim se percebem e passam a aceitar o outro. Sabe-se que não há verdades absolutas (universais e únicas), mas sim várias e múltiplas verdades, e todas são ou podem ser válidas. Como não há conhecimentos puros nem conhecimentos completos, mas há constelações de conhecimento, é evidente que a reinvindicação da ciência moderna do seu caráter universal "é apenas uma forma de particularismo, cuja particularidade consiste em ter poder para definir como particulares, locais, contextuais e situacionais todos os conhecimentos que com ela rivalizam". (SANTOS, 2008, p. 154).

Desta maneira, para Lacerda (2015, p. 17), "abre-se a perspectiva de se construir mundos abertos e plurais, mais dialógicos e compreensivos, sem a pretensão de que exista alguém que habite o lugar supremo capaz de determinar o que é verdadeiro e universal". Isto é pluriversalidade e não universalidade epistêmica.

No âmbito do constitucionalismo, pode-se verificar elementos deste processo pluriversal[2] no chamado – "novo constitucionalismo latino-americano".

Sobretudo verifica-se um questionamento dos marcos teóricos e epistêmicos do constitucionalismo moderno/colonial e uma ressignificação deste, a partir de sujeitos e saberes tradicionalmente subalternizados. Pluriversal porque possibilita a multiplicidade de identidades nacionais num dado território, assim como a ideia de um Estado plurinacional (Bolivia, Equador) tem como pressuposto a diversidade de saberes, de formas de percepção de mundo, e distintas formas de produção do conhecimento, fora do grande centro

[2] Ao nos valermos da ideia de pluriversalidade, queremos evidenciar as diversas formas de explicar o mundo, um projeto pluriversal diz respeito a um "mundo onde caibam muitos mundos". O oposto de universal, nesse sentido, já não é o particular, mas o múltiplo, o diverso, o heterogêneo. (MIGNOLO, 2007, p. 163).

gravitacional da racionalidade moderna, representado pelo mundo ocidental, eurocentrado. (LACERDA, 2014, p. 18).

Nessa perspectiva, do reconhecimento da pluriversalidade epistêmica, as identidades se reafirmam para além da chamada colonialidade do ser, que segundo Mignolo se configura a partir da chamada colonialidade do saber. Seguindo esta lógica de raciocínio e partindo das representações formuladas no campo da linguagem, principalmente da concepção heideggeriana, a linguagem é constitutiva do *Ser*, portanto, Mignolo assevera que a "colonialidade do poder", leva à "colonialidade do saber" e resulta, na colonialidade do próprio *Ser*. (MIGNOLO, 2008, p. 287). Tal análise do *Ser*, aqui observado à luz da "colonialidade", é o *Ser* de dimensão coletiva. Segundo Mignolo, citado por Lacerda (2014, p. 18), "abundam os exemplos de colonialidade do ser", seja na identidade racial, sexual, de gênero, etc." A colonialidade do *Ser* é, portanto, uma das resultantes do processo de conquista que, pautado pela ética de guerra se perpetuou na modernidade/colonialidade, agindo sobre todos os sujeitos que não se enquadraram/enquadram no modelo eurocêntrico de *ser humano* (masculino, heterossexual, branco, burguês, cristão), pois sendo o colonizador a medida de todos os outros seres humanos, restaram os(as) colonizados(as) condenados(as) à não humanidade.

Percebe-se, assim, que tal colonialidade caracterizou e definiu as identidades, porque a colonização da linguagem de um povo é, consequentemente, a colonização de seu *ser*, a colonização de sua identidade, de sua subjetividade. O que se busca é a emergência de subjetividades coletivas e "sujeitos coletivos".

Este contramovimento emergente, que visa a questionar as identidades submetidas à colonialidade do poder, do saber e principalmente do ser, aflora a constituição da condição básica da possibilidade de êxito das experiências de construção dos Estados *plurinacionais*: "a interculturalidade ou diálogo intercultural". (LACERDA, 2014, p. 18).

Para isso é necessário, segundo Wolkmer (2015, p. 96), "reescrever um novo modo de vida, estimular a inserção cultural para outras modalidades de convivência interculturais, de relações sociais e regulamentações das práticas emergentes e constituintes por lutas sociais". Segundo Lacerda (2014, p. 17), sabe-se, que não é e não será, na concepção liberal de interculturalidade,

tradicionalmente associada à ideia de *multiculturalismo*, como expressão da coexistência *harmoniosa* da diversidade sob a batuta de valores pretensamente universais, herdados do legado ético e filosófico eurocêntrico, e ambientado nas condições de exploração e dominação proporcionadas pelo modelo econômico neoliberal, que tais alterações ou modificações ocorrerão. Não é na interculturalidade que advoga poder *resolver* o problema histórico da exclusão das minorias étnicas e dos povos indígenas, na sua inclusão em um modelo de Estado que permanece *monocultural*, *eurocentrado* e reprodutor de relações coloniais de poder. (LACERDA, 2014, p. 17-18).

Espera-se que, nas novas identidades, o diálogo ocorra a partir do conceito de "interculturalidade crítica", que "[...] señala y significa procesos de construcción de conocimientos 'otros', de una práctica política 'otra', de un poder social 'otro', y de una sociedad 'otra'; formas distintas de pensar y actuar con relación a y en contra de la modernidad/ colonialidad, un paradigma que es pensado a través de la praxis política". (WALSH, 2997, p. 47). Para esta autora, trata-se de uma interação entre pessoas, conhecimentos, práticas, lógicas, racionalidades e princípios de vida diferentes. Uma interação que admite e que parte das assimetrias sociais, econômicas, políticas e de poder e também das condições institucionais que limitam a possibilidade de que o "outro" possa ser considerado sujeito com capacidade de atuar. (WALSH, 2009, p. 45).

A perspectiva *crítica* de interculturalidade não se traduz simplesmente na convivência passiva com as diferenças, tolerando-as, mas na busca pela construção do novo, a partir das próprias diferenças e buscando a ruptura da lógica da colonialidade.

Tais rupturas, ou o grande fundamento dessa luta, recuperou o princípio da interculturalidade, da alteridade e do reconhecimento destes povos, garantiu-lhes autonomia e jurisdição dentro de seus territórios, direitos de participação dentro e fora destes. Os povos aparecem como sujeitos de amplos direitos coletivos, alguns de caráter interno, outros por meio de aparatos públicos e outros ainda pelo diálogo intercultural com a sociedade. É por isso que Ricoeur (1955, p. 35), de um lado, procura desabilitar as chamadas teorias da deposição do outro; e, de outro, busca encontrar uma alternativa para um novo tratamento do problema do sujeito e da sua construção identitária. Cabe destacar, nesse sentido, que o autor orienta sua exposição para mostrar que o reconhecimento

do outro não se deve dar dentro dos parâmetros duma relação pessoa/coisa, mas, diversamente, segundo uma relação entre pessoas. O outro a ser reconhecido deverá ser sempre tomado como um *fim em si* e não como um mero *meio*. Em outras palavras, o outro não poderá ser apreendido em momento algum como *coisa*, dado que é, inicialmente, uma pessoa com dignidade moral. Isso implica a ética do dever e do respeito, sua existência é sua dignidade, seu valor não é comercial, e ela não tem preço. (RICOEUR, 1955, p. 29). As relações interculturais podem possibilitar isso na atualidade.

Referências

BAUMAN, Z. *Identidade:* entrevista a Benedetto Vechhi. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005.

BENHABIB, Seyla. *Las reivindicaciones de la cultura:* igualdad y diversidad en la era global. Trad. de Alejandra Vassallo. La Ed. Buenos Aires: Katz, 2006.

CASANOVA, Marco Antonio. *Eternidade frágil*: ensaio de temporalidade na arte. Rio de Janeiro: Via Vérita, 2013.

CESNIK, Fábio de Sá; BELTRAME, Priscila Akemi**.** *Globalização da cultura***.** Barueri, SP: Manole, 2005.

DÜSING, Klaus. *Modelos de autoconsciência*: críticas modernas e propostas sistemáticas referentes à subjetividade concreta. Trad. de Ilson Kayser. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

ESCOBAR, Arturo. O lugar da natureza e a natureza do lugar: globalização ou pós-desenvolvimento. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber e ciências sociais:* perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Clacso, 2005.

FONTES, Nancy Rita Vieira. *Identidade e alteridade em João Ubaldo Ribeiro:* um brasileiro em Berlim. Texto s.d.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método I:* fundamentos de una hermenéutica filosófica. 6. ed. Salamanca: Sígueme, 1996.

______. *Verdad y método II.* 2. ed. Salamanca: Sígueme, 1994.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade***.** Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro. J. Zahar, 2002.

LACERDA, Rosane Freire. *Volveré, y seré millones*: contribuições descoloniais dos movimentos indígenas latino-americanos para a superação do mito do estado-nação. Brasília – DF, 2014.

OLIVEIRA. Roberto Cardoso. *Caminhos da identidade***:** ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo. São Paulo: Ed. da Unesp; Brasília: Paralelo, 2006.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Antropologia filosófica contemporânea*: subjetividade e inversão teórica. São Paulo: Paulus, 2012.

MIGNOLO, Walter. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. *Cadernos de Letras da UFF – Dossiê: Literatura, língua e identidade*, n. 34, p. 323, 2008

MIGNOLO, Walter. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Um manifiesto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL; Ramón (Org.). *El giro decolonial***:** reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre-Iesco-Pensar, 2007. p. 25-45.

PAREYSON, Luigi. *Verdade e interpretação*. Trad. de Maria Helena Nery Garcez e Sandra Neves Abdo. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RICOEUR, Paul. *O justo 1:* a justiça como regra moral e como instituição. Trad. de por Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro.* Trad. de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

RICOEUR, Paul. *A ideologia e a utopia.* Trad. de Sílvio Rosa Filho e Thiago Martins. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

______. Simpatia e rispetto. Fenomenologia ed ética della seconda persona. In: LEVINAS, E.; MARCEL, G.; RICOEUR. *Il pensiero dell'altro.* A cura di Franco Riva. Roma: Lavoro, 1955.

ROUANET, Sergio Paulo. *As razões do Iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SALLES, Walter. Paul Ricouer e a hermenêutica de si no espelho das palavras. *Utopìa y Praxis Latinoamericana,* Maracaibo, v. 14, n. 47, p. 41-58, dic. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-52162009000400004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 17 jan. 2016.

SANTAMARIA, Rosembert Ariza. Descolonização juridical nos Andes. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (Org.). *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina.* Aguascalientes: Cenejus; Florianópolis: UFSC-Nepe, 2015..

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). *Epistemologias do Sul.* Coimbra: Almedina, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo:* para uma nova cultura política. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Boaventura de SOUSA. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). *Epistemologias do Sul.* Coimbra: Almedina, 2009. p. 23, 25.

STEIN, Ernildo. *Antropologia filosófica*: questões epistemológicas. Ijuí: Ed. da Unijuí, 2010.

TAYLOR, Charles. *As fontes do self:* a construção da identidade moderna. Tradu. de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 2011.

ZAOUAL, Hassan. *Globalização e diversidade cultural*. Trad. de Michel Thiollent. São Paulo: Cortez, 2003.

WALSH, Catherine. Interculturalidad y Colonialidad del Poder: un pensamiento y posicionamiento otro desde la diferencia colonial. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramón (Ed.). *El giro decolonial:* reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007., p. 47.

WALSH, Catherine. Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico. *Seminário Pluralismo Jurídico e Multiculturalismo*, Brasília, 13-14 de abril 2010. Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/eventos/docs_eventos/interculturalidad-critica-y-pluralismo-juridico> Acesso em: 3 maio 2011.

______. *Interculturalidad, estado, sociedade*: luchas (de)coloniales de nuestra época. Quito-Equador: Universidade Andina Simón Bolívar/Ediciones Abya-Yala, 2009.

WALSH, Catherine. Interculturalidad crítica y educación intercultural. In: VIAÑA, Jorge et al. *Construyendo Interculturalidad Crítica.* La Paz: Convenio Andrés Bello, 2010. p. 90.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, movimentos sociais e processos de luta desde América latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (Org.). *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*. Aguascalientes: Cenejus; Florianópolis: UFSC-Nepe, 2015.

16
O conceito político de pessoa em John Rawls

Paulo César Nodari*
Henrique Vicentini**

(I) Apesar de a filosofia política apresentar-se, desde a *República* de Platão, como uma das áreas de muito interesse da filosofia, no século XX, por conta dos problemas e das reflexões emergentes, sobremaneira, no âmbito da filosofia da linguagem, da filosofia da mente, da filosofia da alteridade, do fracasso dos grandes sistemas e das denominadas escatologias laicas, como também, das crises ocasionadas, sobretudo, pelas duas guerras mundiais, a filosofia política sofreu uma espécie de golpe de amortização reflexiva. O debate político voltava-se, primordialmente, para a relação dos indivíduos com o Estado e para as obrigações políticas dos sujeitos. Todavia, após a publicação de *Uma teoria da justiça* (1971) pelo professor estadunidense John Rawls (1921-2002), o debate da filosofia política retorna ao cenário discursivo e reflexivo com muita empolgação e determinação, principalmente, a respeito do tema da justiça nas sociedades democráticas liberais. O impacto e a importância do pensamento rawlsiano é evidenciado, em muitos ambientes e espaços de debates e embates, mas, emblemático é o elogio de Nozick tecido à obra, *Uma teoria da justiça*, sendo esta, por assim dizer, divisora e emblemática para o referido retorno. "*A theory of justice* [*Uma teoria da justiça*] é uma poderosa obra sobre filosofia política e moral, profunda perspicaz, de grande envergadura e sistemática, possivelmente sem paralelo desde os escritos de John Stuart Mill." (NOZICK, 2011, p. 235). Após essa obra de 1971, não é mais possível estudar e pesquisar filosofia política sem ater-se à crítica da referida concepção política. "Desde sua publicação, os filósofos políticos são obrigados a trabalhar dentro dos limites da teoria de Rawls ou, então, explicar por que não o fazem." (NOZICK, 2011, p. 236).

O debate contemporâneo, ambientado no contexto anglo-americano a partir dos anos 80, centra-se na discussão e no embate entre os "liberais" (liberalismo) e "comunitários" (comunitarismo). Os primeiros partem do

* Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade de Bonn, Alemanha. Professor no PPGFIL-UCS e PPGDIR-UCS.
** Graduado em Direito pela UCS. Graduando em Filosofia na UCS.

pressuposto de liberdade de consciência, respeito pelos direitos e interesses do indivíduo e buscam questionar a noção de um Estado abrangente com funções paternalistas e, também, de uma visão alicerçada muito mais a partir e sobre o domínio da tese do bem comum. “Pessoas razoáveis – é isto o que estamos dizendo – não são motivadas pelo bem comum como tal, e sim desejam, como um fim em si mesmo, um mundo social em que elas, na condição de pessoas livres e iguais, possam cooperar com todos os demais em termos que todos possam aceitar. Elas insistem em que a reciprocidade prevaleça nesse mundo, de modo que cada pessoa se beneficie juntamente com as demais.” (RAWLS, 2011, p. 59). A seu turno, os comunitários nutrem certa desconfiança pela moral abstrata, simpatizando com a ética das virtudes, destacando a concepção política presente no seio da história das tradições e a presença do Estado enquanto veio para incentivo e meio para realização do bem comum por e para todos, sob a forma, na expressão do próprio Rawls, de uma comunidade formada por pessoas unidas sob a concepção de uma mesma doutrina abrangente. (RAWLS, 2003, p. 4).

Neste ínterim, conforme preconiza Rawls, a reflexão política, tanto pelo viés dos libertarianos como pela vertente dos comunitaristas, deve ater-se a quatro funções práticas, de acordo com o texto: *Justiça como equidade*: *uma reformulação*. A *primeira* é através de questões controversas, como é o caso antagônico de reivindicações de liberdade e de igualdade na história do pensamento democrático, oferecer base para acordos ou pelo menos minimizar os efeitos negativos do conflito, com isso, conclui-se que a primeira tarefa prática da filosofia política é a manutenção da ordem. Afirma Rawls: “[...] como as diferentes doutrinas filosóficas e morais entendem as exigências antagônicas da liberdade e da igualdade, a ordem de prioridade entre elas e seu peso relativo, e como se deve justificar uma determinada maneira de ordená-las.” (RAWLS, 2003, p. 3). A *segunda* função é a de orientação tanto para a reflexão teórica quanto prática. Acentua Rawls (2003, p. 4): “E a filosofia política, enquanto obra da razão, faz isso especificando princípios que permitam identificar fins razoáveis e racionais daqueles vários tipos, e mostrando como esses fins podem se articular numa concepção bem-articulada de uma sociedade justa e razoável.” A *terceira* função é a do elemento de reconciliação, observando que as sociedades democráticas possuem pluralidade de concepções

religiosas e filosóficas, razoáveis e abrangentes, nem sempre facilmente possíveis de harmonização. Sublinha-se com Rawls:

> [...] a filosofia política pode tentar acalmar nossa raiva e frustração contra a sociedade e sua história mostrando-nos como suas instituições, quando propriamente entendidas de um ponto de vista filosófico, são racionais, e se desenvolveram ao longo do tempo da maneira como o fizeram para atingir sua forma racional atual. (RAWLS, 2003, p. 4).

A *quarta* função pode ser denominada de realisticamente utópica, ou seja, examinar os limites da possibilidade política do praticável, pois não é facilmente aceita a tese de que as pessoas estavam e sempre poderiam estar unidas na afirmação de uma concepção abrangente.

Afirma Rawls (2003):

> Reconheço que há problemas a respeito de como discernir os limites do praticável e quais são, de fato, as condições de nosso mundo social; o problema, a esse respeito, é que os limites do possível não são dados pelo existente, pois podemos, em maior ou menor grau, mudar as instituições políticas e sociais e muito mais. (2003, p. 6).

Inserida na tradição e no âmbito democrático-liberal, a proposta da justiça como equidade propõe-se, à luz de uma concepção denominada de neocontratualista, oferecer uma teoria da justiça capaz de questionar e fazer frente à concepção utilitarista, à qual as sociedades democráticas liberais do Ocidente são muito aderentes e condizentes. Busca, no referencial teórico do contratualismo moderno clássico, sobretudo, a partir de autores como Locke, Rousseau e, precipuamente, Kant, Rawls, a justiça como fundamento e virtude sobressalente, tanto das instituições, como, também, para toda a estrutura social, tal qual a verdade o é para a ciência. É muito significativa a citação de Rawls, logo no início de sua principal obra, *Uma teoria da justiça.* Eis como ele se expressa:

> A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Por mais elegante e econômica que seja, deve-se rejeitar ou retificar a teoria que não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda

> da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens de que desfrutam muitos. Por conseguinte, na sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais. A única coisa que nos permite aquiescer a uma teoria errônea é a falta de uma melhor; de maneira análoga, a injustiça só é tolerável quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Por serem as virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça não aceitam compromissos. (RAWLS, 2008, p. 4).

Rawls formula proposta de uma sociedade justa e bem-ordenada capaz de oferecer e sustentar um sistema de cooperação entre os cidadãos, sendo os mesmos considerados e justificados enquanto livres e iguais. Dizer, pois, que uma sociedade política é bem-ordenada, segundo Rawls, implica três coisas, de acordo com a obra, *Justiça como equidade*: *uma reformulação*, a saber: (a) uma concepção pública de justiça; (b) uma regulação efetiva de justiça e o respectivo respeito pela mesma; (c) um senso de justiça e a observância efetiva dos deveres e das obrigações dos cidadãos. (RAWLS, 2003, p. 11s). Nessa perspectiva, Rawls revitaliza o debate acerca das questões políticas, e, também, jurídicas das sociedades democrático-liberais, apresentando um pensamento coeso, articulando os valores centrais da tradição política ocidental, quais sejam: igualdade, liberdade, cooperação e autorrespeito, a partir de uma concepção e opção neocontratualista. Afirma Rawls (2008, p. 19): “O mérito da terminologia contratualista é expressar a ideia de que os princípios da justiça podem ser concebidos como princípios que seriam escolhidos por pessoas racionais e que, assim, é possível explicar e justificar as concepções de justiça.” Um pouco adiante, Rawls (p. 20) acrescenta: “A palavra ‘contrato’ indica essa pluralidade, bem como condição de que a divisão apropriada das vantagens esteja de acordo com princípios aceitáveis por todas as partes.” Ainda mais adiante, acentua Rawls a respeito da escolha dos princípios de justiça: “O objetivo do método contratualista é demonstrar que, juntos, impõem ponderáveis limites aos princípios aceitáveis de justiça.” (p. 22).

A despeito de sua importante publicação de 1971, *Um teoria da justiça*, não tardou, para que Rawls se tornasse alvo tanto de ponderações e tessituras de adesão como também de críticas fortes, advindas de pensadores tanto

libertários quanto comunitários. Malgrado o filósofo explicitasse que sua teoria tinha origem conceitual neocontratualista, uma vez que justiça como equidade é um exemplo do que ele denomina de teoria contratualista (RAWLS, 2008, p. 19), ele não foi poupado e não conseguiu escapar de objeções, comumente, endereçadas aos contratualistas clássicos modernos. "A crítica da 'imagem de homem' que está na base da teoria política liberal é tão velha quanto a própria teoria política liberal." (FORST, 2010, p. 15). Basta referenciar, aqui, por exemplo, dentre outras, a apresentação da crítica apresentada por Forst (p. 15-43), a partir da leitura de MacIntyre, Sandel e Taylor acerca das denominadas "concepção descontextualizada da moral" e da "crítica do 'eu desvinculado'."

(II) À luz do supracitado, quer-se, neste texto, tecer algumas breves considerações acerca do conceito político de pessoa na concepção de John Rawls. O objetivo não é apresentar e analisar toda a concepção da teoria de justiça do referido autor, mas, apenas e tão-somente, a de ponderar alguns aspectos importantes para uma compreensão da definição de pessoa enquanto esta se constitui como participante ativo da cena política em sociedades democrático-liberais. Apresentar-se-ão, a seguir, por conseguinte, a partir, sobremaneira, das obras rawlsianas, *Uma teoria da justiça*, *Justiça como equidade: uma reformulação* e *liberalismo político*, alguns elementos que possibilitam e evidenciam, suficientemente, a tese de que a concepção de pessoa na teoria da justiça equitativa é política e não metafísica. Rawls sublinha e acentua rigorosamente em *Justiça como equidade: uma reformulação*, no que se refere à ideia de pessoas livres e iguais:

> É importante não esquecer aqui que a teoria da justiça como equidade é uma concepção política de justiça, ou seja, foi esboçada para o caso especial da estrutura básica da sociedade e não pretende ser uma doutrina moral abrangente. Por isso a idéia de pessoa, quando especificada numa concepção de pessoa, pertence a uma concepção política. (Uma idéia fundamental torna-se uma concepção quando especificamos seus elementos de uma determinada maneira). Isso significa que a concepção de pessoa não foi tirada da metafísica, da filosofia do espírito, ou da psicologia, e pode ter pouca relação com concepções do eu discutidas nessas disciplinas. É claro que tem de ser compatível com uma ou mais dessas concepções filosóficas ou psicológicas (desde que sejam bem-fundadas), mas está é uma outra história. A concepção de pessoa é, em si, normativa e política, e não metafísica ou psicológica. (RAWLS, 2003, p. 26-27).

Destaca-se, ainda, antes de adentrar propriamente na análise do conceito de pessoa que, para as teorias contratualistas e neocontratualistas, tais como as demais teorias normativas, o tem especial relevância e impacto, uma vez que a ação e a cooperação de cada agente político fará surtir os efeitos e as consequências para a sociedade política. Esta, para Rawls, é concebida "[...] como um sistema equitativo de cooperação que se perpetua de uma geração para outra, em que aqueles que cooperam são vistos como cidadãos livres e iguais e membros normais e cooperativos da sociedade ao longo de toda a vida." (RAWLS, 2003, p. 5). No primeiro parágrafo de *Uma teoria da justiça*, Rawls defende a tese de que os indivíduos livres e iguais são participantes de um sistema equitativo de cooperação social, que se perpetua de uma geração para outra, e que se identificam e se reconhecem enquanto observadores e praticantes de certas normas de conduta obrigatórias neste sistema de cooperação, cuja finalidade é promover o bem dos seus participantes (RAWLS, 2008, p 4-5); é, por conseguinte, imprescindível esclarecer o conceito político de pessoa que perpassa a concepção de justiça como equidade na teoria rawlsiana, empreendimento a ser realizado no que segue.

Conforme Rawls (2008, p. 4): "A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas do pensamento. [...] Por isso, a justiça nega a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros." A sociedade é justa quando a estrutura básica da sociedade, isto é, suas relações sociais, políticas e jurídicas são pautadas por princípios justos. Assim, a primeira dificuldade de uma concepção deontológica é estabelecer critérios para que os princípios eleitos sejam justos. Afirma Rawls (2008, p. 5): "[...] a sociedade é bem-ordenada não somente quando foi planejada para promover o bem de seus membros, mas também quando é realmente regulada por uma concepção pública de justiça." E, para tanto, faz-se urgente, por um lado, todos aceitarem e darem aderência aos princípios de justiça, e, por outro, as próprias instituições, também, estejam de acordo e atendam a esses princípios escolhidos e eleitos para a cooperação do sistema equitativo.

No desenvolvimento das concepções políticas de justiça, existem três grandes domínios para julgar objetivamente um padrão moral como válido, pelo menos com relação às questões centrais da vida coletiva. O *primeiro* diz respeito

às concepções que reconhecem um único bem racional, no mais das vezes de caráter teleológico, que conferem valor de justo às medidas promotoras desse determinado bem. Esta concepção se distingue, ao longo da História, por algumas questões fundamentais, mas tem como fundamento uma autoridade externa. Tanto no pensamento grego clássico quanto na concepção cristã existe uma única concepção moral de bem, e, fundamentalmente, a tarefa da filosofia moral, da teologia e da metafísica consiste em determinar sua natureza. O *segundo* diz respeito à concepção, que descende o pensamento anterior, determina que julgamento moral de uma decisão política seja estabelecido pela maximização do bem-estar e a minimização do sofrimento e da dor. Rawls entende que essa sistemática, denominada de utilitarista, que é bastante predominante no pensamento político da sociedade ocidental, especialmente, dos dois últimos séculos, mostrou-se insuficiente para garantir a liberdade e os direitos básicos dos cidadãos livres e iguais, condição imprescindível para as instituições democrático-constitucionais. O *terceiro* refere-se à forma de fundamentar as ações políticas pressupondo a existência de plurais concepções de bem, sendo elas compatíveis com a racionalidade dos indivíduos na vida de cooperação social, levando em consideração as vantagens recíprocas de cada uma. Afirma Rawls:

> A justiça como equidade adota uma variante de resposta à última pergunta: os termos eqüitativos de cooperação social provêm de um acordo celebrado por aqueles comprometidos com ela. Um dos motivos por que isso é assim é que, dado o pressuposto do pluralismo razoável, os cidadãos não podem concordar com nenhuma autoridade moral, como um texto sagrado ou uma instituição ou tradição religiosa. Tampouco podem concordar com uma ordem de valores morais ou com os ditames do que alguns consideram como lei natural. Portanto, não há outra alternativa melhor senão um acordo entre os próprios cidadãos, concertado em condições justas para todos. (RAWLS, 2003, p. 20).

Pois bem, em uma sociedade como sistema equitativo de cooperação, uma das ideias estruturantes importantes é o artifício procedimental denominado de posição original. Ela representa uma releitura atualizada e melhor trabalhada da condição análoga ao estado de natureza dos pensadores contratualistas modernos. Segundo Rawls, a posição original garante as condições apropriadas para se chegar aos acordos fundamentais, a fim de que os mesmos alcancem condições equitativas aos que entram na sociedade política bem-ordenada. Em

outras palavras, ela é uma ideia abstrata de um acordo sobre princípios de justiça política para a estrutura básica da sociedade. (RAWLS, 2003, p. 22). O conceito da posição original "[...] é o da interpretação filosoficamente preferida dessa situação de escolha inicial para os fins da teoria da justiça." (RAWLS, 2008, p. 21). No parágrafo 3 de *Uma teoria da justiça,* Rawls é explícito ao afirmar que esta situação original de igualdade corresponde ao estado de natureza da tradicional teoria do contrato social. Trata-se de uma ideia não historicamente real e culturalmente vivenciada (RAWLS, 2008, p. 14). É, portanto, uma situação hipotética, sem respectiva efetivação histórica de referência. "A posição original é definida de modo a ser um *status quo* no qual todos os acordos firmados são justos." (RAWLS, 2008, p. 146). Nessa perspectiva, afirma o referido filósofo acerca do *status* hipotético da posição original no parágrafo 20:

> Está claro, então, que a posição original é uma situação puramente hipotética. Não é preciso que nada semelhante a ela, embora possamos simular as reflexões das partes seguindo, de maneira deliberada, as restrições que ela expressa. A concepção da posição não pretende explicar a conduta humana, a não ser na medida em que ela tenta interpretar nossos juízos morais e nos ajuda a interpretar nosso senso de justiça. A justiça como equidade é uma teoria dos nossos sentimentos morais, tais como se manifestam pelos nossos juízos ponderados em equilíbrio reflexivo. É de presumir que esses sentimentos exerçam certo grau de influência sobre nossos atos e pensamentos. Portanto, embora a concepção da posição original faça parte da teoria da conduta, não se pode daí depreender, em hipótese alguma, que haja situações reais que se assemelhem a ela. O que é necessário é que os princípios que seriam aceitos desempenhem o papel que se espera em nosso raciocínio moral e em nossa conduta. (RAWLS, 2008, p. 146).

Sendo, pois, a posição original hipotética e a-histórica, observa-se, consequentemente, que ela, por sua vez, em princípio, não cria obrigações, levando o próprio Rawls a questionar-se a respeito da importância e relevância de tal posição original? E ele mesmo responde ao questionamento sustentando a tese de que a posição original é um procedimento de representação. "Essa situação original não é, naturalmente, tida como situação histórica real, muito menos como situação primitiva da cultura. É entendida como situação puramente hipotética, assim caracterizada para levar a determinada concepção de justiça." (RAWLS, 2008, p. 14). E, enquanto tal, segundo Rawls (p. 24): "[...] a posição original teria conseguido formalizar de um modo apropriado as

considerações que, ponderando cuidadosamente, julgamos ser razoáveis para fundamentar os princípios de uma concepção política de justiça." Consoante a argumentação supracitada, é urgente o zelo e o cuidado em não entender e analisar a posição original deduzida de pressupostos metafísicos, pois, se assim o fosse, de tal interpretação errônea haveria consequentes implicações na concepção da teoria da justiça equitativa. Por isso, de acordo com Rawls (2011, p. 32), a posição original "[...] não tem nenhuma implicação metafísica a respeito da natureza do eu; essa ideia não tem a implicação de que o eu é ontologicamente anterior aos fatos sobre as pessoas que as partes são impedidas de levar em conta". Ela é tão somente um artifício de representação. Afirma ele:

> A posição original serve como uma ideia mediadora graças à qual nossos juízos ponderados, em todos os níveis de generalidade, que se refiram a condições equitativas para situar as partes, quer a restrições razoáveis a razões, princípios e preceitos fundamentais, ou a julgamentos sobre instituições e ações específicas, podem ser conectados entre si. Isso nos possibilita estabelecer uma coerência maior entre todos os nossos julgamentos e, com esta autocompreensão mais profunda, podemos chegar a um acordo mais amplo uns com os outros. (RAWLS, 2011, p. 30-31).

Mas, para melhor entender a posição originária como artifício de representação, importa esclarecer qual é o objetivo desta situação anterior ao contrato e como a ideia de véu de ignorância auxilia na construção de tais metas. Conforme o próprio Rawls esclarece, o objetivo da posição original é:

> Os homens devem decidir de antemão como devem regular suas reivindicações mútuas e qual deve ser a carta fundacional de sua sociedade. Assim como cada pessoa deve decidir por meio de reflexão racional o que constitui seu bem, isto é, o sistema de fins que lhe é racional procurar, também um grupo de pessoas deve decidir, de uma vez por todas, o que entre elas se deve considerar justo ou injusto. A escolha que seres racionais fariam nessa situação hipotética de igual liberdade, presumindo-se, por ora, que esse problema de escolha tem solução, define os princípios da justiça. (RAWLS, 2008, p. 14).

Então, para que os representantes deliberem sobre os princípios, não levando em conta interesses particulares, muitas vezes, por demais egoístas, Rawls acopla ao dispositivo da posição original o conceito de véu de ignorância.

Este garantiria aos indivíduos condições mais imparciais e isonômicas no momento das eleições, escolhas e decisões acerca dos princípios de justiça. O véu de ignorância asseguraria, em tese, que as contingências e as arbitrariedades determinassem as escolhas e decisões dos princípios de justiça, recusando, por conseguinte, quaisquer tipos de barganhas. “Os princípios de justiça são escolhidos por trás de um véu de ignorância. Isso garante que ninguém seja favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais.” (RAWLS, 2008, p. 15). Na posição original, os participantes, envoltos pelo véu de ignorância, estariam em condições ideais para eleger, consensualmente, princípios justos, uma vez que teriam conhecimento apenas de circunstâncias imprescindíveis para a escolha dos princípios. Logo, o véu de ignorância daria condições de igualdade aos representantes. Desta forma, conforme elucida Rawls:

> A posição original, com as características do que denominei “véu de ignorância”, é esse ponto de vista. A razão pela qual essa posição deve abstrair as contingências do mundo social e não ser afetada por elas é que as condições de um acordo equitativo sobre princípios de justiça política entre pessoas livres e iguais deve eliminar as vantagens de barganha que inevitavelmente surgem sob as instituições de funda de qualquer sociedade, em virtude de tendências sociais, históricas e naturais cumulativas. Tais vantagens e influências contingentes que se acumularam no passado não devem afetar um acordo sobre os princípios que deverão regular as instituições da própria estrutura básica do presente para o futuro. (RAWLS, 2011, p. 27).

Sob o véu de ignorância, o conhecimento dos agentes é limitado, ou seja, os representantes não sabem, exatamente, qual é a sua posição e condição real efetiva, a fim de que tal presunção e conhecimento não venham a afetar e a direcionar a escolha e eleição dos princípios de justiça, podendo, por conseguinte, acarretar o direcionamento seletivo e interesseiro, dando margem possível, na maior parte das vezes, a políticas sociais de privilégios. Assim, segundo Rawls, sob o véu de ignorância, dos agentes não seriam tomados e levados em consideração os talentos, as habilidades e suas concepções particulares de bem. A disposição, nesse caso, a ser levada em conta é a racionalidade. Todavia, não é possível, mesmo assim, ter uma previsão exata dessa decisão, porque, de antemão, não se sabe qual será, exatamente, o

resultado de tal acordo, ainda que o objetivo de *Uma teoria da justiça* seja a construção de uma sociedade política cooperativa, na qual todos se sintam e sejam, de fato, cidadãos livres e iguais, e, enquanto tal, todos possam conviver e desenvolver seus talentos e suas habilidades em sociedades democrático-liberais plurais. O que se defende é que um acordo fundamentado, basicamente, nos princípios de liberdade e de igualdade é, em última análise, a melhor maneira de cada pessoa, enquanto livre e igual, garantir os objetivos de sua vida. Acentua magistralmente Rawls:

> O melhor que cada pessoa pode fazer por si mesma talvez seja uma condição de menos injustiça, e não de bem maior. A avaliação moral das situações de equilíbrio depende das circunstâncias de fundo que as caracterizam. E nesse ponto que a concepção da posição original incorpora características peculiares à teoria moral. Embora a teoria dos preços, por exemplo, tente explicar os movimentos do mercado por meio de suposições acerca das tendências em ação, a interpretação filosoficamente preferível da situação inicial incorpora condições que se considera razoável impor à escolha de princípios. Em comparação com a teoria social, o objetivo é caracterizar essa situação de modo que os princípios a serem escolhidos, quaisquer que venham a ser, sejam aceitáveis do ponto de vista moral. A posição original é definida de modo a ser um *status quo* no qual todos os acordos firmados são justos. É uma situação na qual as partes são igualmente representadas como pessoas morais, e o resultado não é condicionado por contingências arbitrárias nem pelo equilíbrio relativo das forças sociais. Assim, a justiça como equidade pode usar a idéia de justiça procedimental pura desde o início. (RAWLS, 2008, p. 145-146).

Assim, segundo Rawls, a escolha, sob o véu de ignorância, dos princípios de justiça pelas partes contratantes, representadas por pessoas racionais e morais, isto é, livres e iguais, é resultado de um procedimento justo, cuja finalidade principal é governar a estrutura básica da sociedade bem-ordenada, à qual cada indivíduo adere e dela participa, porque cada qual confia que todos os seus concidadãos aceitam os referidos princípios de justiça e reconhecem ser os mesmos justos. Esclarece Oliveira a respeito do projeto da sociedade bem-ordenada:

> Rawls admite ser este um conceito extremamente idealizado. Por isso mesmo, recorre à idéia do "equilíbrio reflexivo" a fim de calibrar a cultura política, o *ethos* social e o *modus vivendi* de uma sociedade concreta com esse ideal normativo, que inclusive modela também a concepção de pessoa moral. O equilíbrio reflexivo (*reflective equilibrium*) é um método adaptado

> por Rawls da epistemologia analítica para a argumentação moral com o intuito de estabelecer uma coerência entre os juízos ponderados sobre casos particulares, de um lado, e o conjunto de princípios éticos e seus pressupostos teóricos, de outro (como num dispositivo procedimental que engendra regras para a ação moral). Este tipo de procedimento é essencialmente pragmático, na medida em que evita questões metaéticas da teoria moral, isto é, não procura resolver os problemas de fundamentação da moral, como nos modelos metafísicos tradicionais, mas apenas apresenta argumentos razoavelmente defensáveis. (OLIVEIRA, 2003, p. 14-15).

Ainda que, no decorrer de seus textos, Rawls apresente algumas modificações às versões dos princípios de justiça, sem o intento, nesta reflexão, de adentrar nos detalhes e na análise pormenorizada de tais modificações e se as mesmas, de fato, trazem significativas alterações, traz-se à tona a versão dos dois princípios escolhidos e eleitos a serem balizas para a construção de uma sociedade bem-ordenada. Eis a versão de *Uma teoria da justiça.*

> Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.
> Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos. (RAWLS, 2008, p. 73).

(III) Para fins aqui propostos, o interesse focaliza as pessoas que são caracterizadas por serem livres e iguais, bem como possuírem as faculdades morais de serem racionais e razoáveis. Afirmar que os agentes pactuantes são livres significa afirmar que: (a) eles têm a capacidade autônoma de formular suas próprias concepções de bem, além de poder reformular, rever e modificar tais concepções; (b) têm a capacidade autônoma de reivindicar e interferir legitimamente nas instituições sociais; (c) os agentes são considerados livres, porque podem assumir responsabilidade por seus objetivos, bem como ajustá-los dentro das condições razoáveis. Em síntese, a liberdade pressupõe o direito de cada pessoa realizar seus fins específicos, ajustando-os aos meios aos quais estão inseridos. Nesse ínterim, é necessário, para que os princípios eleitos sejam justos, que os pactuantes estejam em condições de igualdade. A igualdade refere-se, no sentido dado à teoria rawlsiana, à possibilidade de todos

usufruírem de forma equânime dos recursos e das oportunidades sociais. As pessoas são entendidas como iguais, porque todas têm a potencialidade de desenvolver e exercer a faculdade moral. O conceito de igualdade pode ser compreendido: (a) na esfera administrativa pública, ou seja, na capacidade reguladora de cumprir regras institucionais; (b) como atribuição dos deveres e direitos básicos; (c) as pessoas são iguais pelo fato de todas possuírem faculdades morais. Os agentes também são caracterizados pelas suas faculdades morais, ou seja, por serem racionais e razoáveis. É muito significativo o esclarecimento de Rawls a respeito da ideia de pessoas enquanto livres e iguais.

> Até esse momento simplesmente utilizamos a idéia de pessoas livres e iguais; cabe-nos agora explicitar seu significado e função. Para a justiça como equidade os cidadãos estão envolvidos na cooperação social, e portanto são plenamente capazes de faze isso durante toda a vida. Pessoas assim consideradas têm aquilo que poderíamos chamar de "as duas faculdades morais" descritas como segue:
> (I) Uma dessas faculdades é a capacidade de ter um senso de justiça: é a capacidade de compreender e aplicar os princípios de justiça política que determinam os termos equitativos de cooperação social, e de agir partir deles (e não apenas de acordo com eles).
> (II) A outra faculdade moral é a capacidade de formar uma concepção do bem: é a capacidade de ter, revisar e buscar atingir de modo racional uma concepção do bem. Tal concepção é uma família ordenada de fins últimos que determinam a concepção que uma pessoa tem do que tem valor na vida humana ou, em outras palavras, do que se considera uma vida digna de ser vivida. Os elementos dessa concepção costumam fazer parte de, e ser interpretados por, certas doutrinas religiosas, filosóficas ou morais abrangentes à luz das quais os vários fins são ordenados e compreendidos. (RAWLS, 2003, p. 26).

O filósofo estadunidense é enfático sempre em afirmar que sua concepção de pessoa não advém de concepções metafísicas, da filosofia do espírito ou da psicologia. Sua concepção é eminentemente política. "A concepção de pessoa é, em si, normativa e política, e não metafísica ou psicológica." (RAWLS, 2003, p. 27). E, como ficou explícito acima, Rawls tem reiterado a tese já explicitada em *Uma teoria da justiça*, a saber, que as pessoas são capazes de concepção de bem e de senso de justiça, sendo as duas características o fundamento da igualdade em uma sociedade democrático-liberal (RAWLS, 2008, p. 23). Afirma explicitamente Rawls (2003, p. 33): "Enfatizo que a concepção de pessoa como livre e igual é uma concepção normativa: ela é dada por nosso pensamento e nossa prática

moral e política, e é estudada pela filosofia moral e política e pela filosofia do direito." E, nesse sentido, a ênfase de Rawls não está na concepção de ser humano enquanto partícipe da espécie (enquanto *homo sapiens*), enquanto definido pela biologia ou pela psicologia, mas, sim, na caracterização normativa de pessoa, ou seja, enquanto cidadão participante de sociedade pactuada e pautada pela cooperação de seus membros. (RAWLS, 2003, p. 34). No texto, *Liberalismo político,* Rawls, uma vez mais, acentua a tese de que as pessoas, em uma sociedade política cooperativa, são *livres* na medida em que elas possuem duas faculdades morais, isto é, possuem a capacidade de ter um senso de justiça e a capacidade de ter uma concepção de bem, e possuem as faculdades racionais, isto é, capacidade de julgamento, de pensamento e de inferência, e são *iguais* na medida em que são possuidoras do grau mínimo de participação e cooperação na sociedade política. (RAWLS, 2011, p. 22). Neste mesmo texto, o autor evidencia magistralmente a maneira como ele concebe as pessoas enquanto capazes de senso de justiça e concepção de bem.

> Senso de justiça é a capacidade de entender a concepção pública de justiça que caracteriza os termos equitativos de cooperação social, de aplicá-la e agir em conformidade com ela. Dada a natureza da concepção política de especificar uma base pública de justificação, o senso de justiça também expressa uma disposição, quando não o desejo, de agir em relação a outros em termos que eles também possam endossar publicamente (II, § 1). A capacidade de ter uma concepção do bem é a faculdade de constituir, revisar e se empenhar de modo racional na realização de uma concepção do próprio benefício racional ou do bem. (RAWLS, 2011, pp. 22-23).

Na perspectiva do construtivismo político rawlsiano, a concepção de pessoa tem que ser condizente ao sistema equitativo de cooperação. "Trata-se de alguém que é capaz de tomar parte da vida social, exercendo e respeitando direitos e deveres." (WEBER, 2013, p. 126). Por isso, a pessoa, enquanto partícipe e responsável pelo bom andamento e pela realização de um sistema político cooperativo, em uma sociedade democrática plural, por um lado, tem capacidade de uma concepção de bem, isto é, tem capacidade de ser racional, e, por outro, tem capacidade de senso de justiça, isto é, tem capacidade de ser razoável, o que a torna uma cidadã, ou seja, alguém capaz de cooperar com a sociedade como um todo, isto é, respeitante e responsável por seus direitos e deveres enquanto partícipe cooperativo e responsável. "O senso de justiça

refere-se à capacidade de compreender e aplicar os princípios de justiça e de agir conforme eles." (WEBER, 2013, p. 127). Acentuar, pois, que as pessoas são razoáveis e racionais significa, em outras palavras, afirmar que elas são capazes de escolher deliberadamente os princípios que regularão a estrutura básica da sociedade. (RAWLS, 2011, p. 110). Eles são cidadãos razoáveis e racionais capazes de entender, aplicar e agir de acordo com os dois princípios práticos de justiça, ou seja, são capazes de propor princípios equitativos de cooperação e orientar sua conduta através dos mesmos. (WEBER, 2013, p. 127). Comentando Rawls, eis a relevante explicação de Weber.

> Portanto, a concepção normativa e política de pessoa implica duas qualificações fundamentais: a igualdade e a liberdade. Ela apresente, por isso, "uma lista dos elementos básicos das concepções dos cidadãos como razoáveis e racionais". São eles: a) as duas capacidades morais (a capacidade de ter senso de justiça e a capacidade de ter uma concepção de bem); b) as faculdades de julgamento, pensamento e inferência; c) uma determinada concepção do bem; d) as capacidades e qualificações necessárias para serem membros normais e cooperativos da sociedade durante toda a vida. (WEBER, 2013, p. 133).

No que se refere à perspectiva da ideia do racional, a pessoa vincula-se à capacidade de poder ter sua concepção de bem e deliberar em função de seus projetos pessoais. Importa notar que a pessoa tem a possibilidade de reivindicar, reformular, rever e modificar a própria concepção de bem, no decorrer de sua caminhada, e pode fazê-lo como o desejar. (RAWLS, 2003, p. 30). No entanto, ainda que ela venha a reelaborar e reencaminhar sua concepção de bem, cabe ressaltar que ela assume responsabilidades pelo projeto de bem que ela postula. Neste caso, o agente racional não se interessa pelo bem coletivo, ou seja, não se preocupa com a universalidade do bem, antes, pelo contrário, é agente muito mais interessado em sua própria concepção de bem, o que não significa, por sua vez, automaticamente, que seu interesse carregue apenas benefícios próprios. Sobre o conceito de racional, Rawls explica:

> Mas o racional é uma ideia distinta do razoável e se aplica a um agente único e unificado (quer se trate de um indivíduo ou de uma pessoa jurídica), dotado das faculdades de julgamento e deliberação, ao buscar realizar fins e interesses que são peculiarmente seus. O racional aplica-se ao modo como esses fins e interesses são adotados e promovidos, bem como à forma segundo a qual são priorizados. Aplica-se também à escolha dos meios e,

> nesse caso, é guiado por princípios conhecidos, como optar pelos meios mais eficientes para os fins em questão ou selecionar alternativa mais provável, permanecendo constantes as demais condições. (RAWLS, 2011, p. 60).

O razoável, por sua vez, relaciona-se com a ideia de que a pessoa, enquanto livre e igual, almeja a cooperação social com todos os demais contraentes, prevalecendo, basicamente, aqui, a reciprocidade, ou seja, cada pessoa busca beneficiar-se na medida em que todos acabem sendo beneficiados por conta da cooperação social. Trata-se da justificativa da concepção de justiça perante os outros, à luz da qual as pessoas podem partir não por serem movidas por um bem comum, mas, porque desejam "[...] como um fim em si mesmo, um mundo social em que elas, na condição de pessoas livres e iguais, possam cooperar com todos os demais em termos que todos possam aceitar." (RAWLS, 2011, p. 59). Segundo Rawls:

> As pessoas são razoáveis em um aspecto fundamental quando, suponhamos que entre iguais, se dispõem a propor princípios e critérios que possam constituir termos equitativos de cooperação e quando se dispõem, voluntariamente, a submeter-se a eles, dada a garantia de que os outros farão o mesmo. Elas veem essas normas como aquelas que é razoável que todos aceitem e, em virtude disso, como justificáveis para todos e se dispõem a discutir os termos equitativos que outros proponham. O razoável é um componente da ideia de sociedade como um sistema de cooperação equitativa, e é parte da ideia de reciprocidade a suposição de que esses termos equitativos devem ser aqueles que é razoável que todos aceitem. Como já disse (I, § 3.2), a ideia de reciprocidade encontra-se entre a da imparcialidade, que é altruísta (o bem geral constitui a motivação), e a de benefício mútuo, quando entendido no sentido de cada um ter de se beneficiar em relação à própria situação presente ou esperada, sendo as coisas como são. (RAWLS, 2011, p. 58-59).

Em vista disso, é possível afirmar que os agentes racionais e razoáveis são responsáveis pela vida política e social. O conceito de pessoa compreende a capacidade de vir a ser um cidadão isto é, alguém capaz de cooperar com a sociedade pelo fato de possuir faculdades morais que indicam a competência para propor, aceitar e assumir responsabilidades sociais. Nesse sentido, segundo Rawls, a sociedade é uma associação de pessoas que buscam organizar-se por meio de um sistema equitativo de cooperação, no qual e com o qual todos colaboram e beneficiam-se reciprocamente, agindo e cooperando de modo a se

darem por conta e possibilitando uma vida social e política melhor do que aquela que experimentariam, caso dependessem tão somente de seus esforços individuais. Malgrado a vivência em sociedade ser um empreendimento cooperativo, e as pessoas compartilharem necessidades e interesses semelhantes ou complementares, as pessoas apresentam predileções conflitantes entre si. Nessa perspectiva, para que uma teoria da justiça seja possível em uma sociedade política, além de promover o bem de seus membros, renunciando a quaisquer tipos de barganhas em detrimento a direitos invioláveis, deve uma sociedade justa e equitativa escolher, deliberar e optar por princípios de justiça, os quais precisam ser reconhecidos por todos os seus membros, e, também, por todas as suas instituições sociais básicas, organizadas e avalizadas de tal modo a satisfazerem tais princípios. Assim, segundo o filósofo estadunidense, faz-se necessário o fortalecimento das instituições sociais, sendo que tal processo dar-se-á na medida em que as pessoas, enquanto cientes de que se caracterizam como cidadãos livres e iguais, estarão, progressivamente, em melhores condições de promover instituições justas, e, por conseguinte, uma sociedade política cooperativa, apta e aberta ao respeito pelo pluralismo razoável, característica, marcantemente, presente em sociedades democráticas liberais dos dias atuais.

Referências

FORST, Rainer. *Contextos da justiça:* filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. São Paulo: Boitempo, 2010.

NOZICK, R. *Anarquia, Estado e utopia.* Rio de Janeiro: J. Zahar, 2011.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. *Rawls.* Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

RAWLS, John. *Justiça como equidade:* uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

______. *O liberalismo político.* São Paulo: Martins Fontes, 2011.

______. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia do direito*: autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Vozes, 2013.

17
Intervenção, direito internacional e escolhas filosóficas

Ricardo Rocha de Vasconcellos*

Introdução

Com certa frequência é possível acompanhar, no noticiário, intervenções de um Estado em outro, algumas de cunho militar, outras diplomáticas ou econômicas. A intervenção, porém, como regra básica, é vedada, já que atenta contra princípio elementar da vida internacional, tal qual esta está estruturada desde a Paz de Vestfália. Mesmo às organizações internacionais só é permitido intervir dentro dos limites de sua competência, já que não lhes é lícito invadir a área de competência nacional exclusiva.

Contudo, cada vez mais intervenções realizadas fora dos parâmetros exatos das previsões formais, em tratados e regras internacionais, têm sido justificadas com fundamento no apoio a guerras de libertação nacional ou, principalmente, em questões humanitárias. Tais argumentos geram um conflito entre as decorrências diretas e tradicionais do respeito à soberania e a outros valores ascendentes no Direito Internacional, como a proteção aos direitos humanos.

Ante um conflito entre diferentes princípios de uma mesma ordem jurídica, é preciso identificar qual deles deve prevalecer ou qual é a forma pela qual ambos podem ser conciliados. Ao nos debruçarmos sobre esta questão, porém, não se pode esquecer que a simples lógica jurídica raramente é capaz, sozinha, de nos conduzir a uma solução apropriada, uma vez que o sopesamento de princípios envolve componentes de uma reflexão filosófica. Ora, se a Filosofia do Direito está presente na íntegra do fenômeno jurídico, no Direito Internacional o enfoque filosófico afigura-se com muito maior proeminência, em razão da inexistência de uma autoridade superior que venha definir o que deve prevalecer.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor adjunto de Direito Internacional Público, na Universidade Federal de Pelotas e Procurador Federal. *E-mail:* ricvas@terra.com.br

Considerando que tais eventos intervencionistas afetam a relevante questão da paz e da segurança internacionais, tem fundamental importância refletir a respeito de sua legalidade, pois a indefinição de tal situação, por um lado, pode deixar indefesas populações expostas a atos de barbárie e de extermínio e, por outro lado, pode ser uma porta aberta ao retorno da expansão de poder de grandes potências pelo uso da força, ainda que sob um subterfúgio humanitário.

O presente estudo é dedicado a uma reflexão sobre a referida questão, esclarecendo-se que a ênfase da análise que aqui será feita é direcionada à intervenção armada, deixando-se de dedicar atenção às intervenções diplomáticas e econômicas. Numa primeira parte, apresentar-se-á a noção de ordem internacional, que consagra o dever de não intervenção e, numa segunda parte, será feita uma análise jurídica da prática atual da intervenção internacional relativa aos direitos humanos.

1 Noção de ordem internacional

Ordem internacional é uma noção variável no tempo e no espaço a respeito dos arranjos de regramento e de distribuição de poder na sociedade internacional. Quando concebida como tendo uma abrangência global, é referida como ordem mundial. A rigor, conforme salienta Henry Kissinger (2015, p. 10), "jamais existiu uma 'ordem mundial' que fosse verdadeiramente global". Com efeito, mesmo a ordem vestfaliana, hoje globalmente adotada, é uma concepção europeia, passível de contestação por certas visões de mundo, como, por exemplo, a que tem o Islã como um sistema universal. (KISSINGER, 2015, p. 124).

A ordem mundial vestfaliana surgiu estabelecendo as bases de uma sociedade internacional dividida em Estados soberanos, como até hoje, na sua essência, ela está estabelecida, propiciando o desenvolvimento do Direito Internacional e consagrando nessa ordem jurídica, como consequência da noção de soberania que balizava todo o sistema, um dever de não intervenção, por um Estado, nos assuntos internos e externos de outro. Com efeito, o domínio reservado dos Estados consiste num rol de competências inerentes à soberania e que, como tal, deve ser imune a ingerências externas.

Assim sendo, visando a compreender as bases em que se desenvolveu e em que é operado o princípio da não intervenção, analisaremos, nesta primeira

parte do presente estudo, a noção de ordem internacional, a partir das características da sociedade internacional e do Direito surgido em uma coletividade com tais peculiaridades, bem como os elementos básicos do dever de não intervenção.

1.1 A sociedade internacional e o seu direito

A sociedade internacional como conhecemos hoje é fruto de uma longa evolução histórica, tendo, como marco formal de transição, da ordem mundial anterior para esta, o acontecimento histórico conhecido como Paz de Vestfália, onde foram estabelecidas as bases do sistema de Estados.

Consubstanciada nos tratados de Munster e Osnabuck, de 1648, a Paz de Vestfália consagrou o enfraquecimento do Império e a igualdade religiosa entre catolicismo, luteranismo e calvinismo, fazendo do sistema de Estados soberanos territoriais o centro da regulação das relações internacionais. (CARRILLO SALCEDO, 1991, p. 22). Nesses documentos foram fixados os princípios desta nova ordem mundial que ali se inaugurava:

– respeito aos limites territoriais dos Estados;
– prevalência do critério territorial de jurisdição;
– igualdade soberana dos Estados; e
– não intervenção nos assuntos internos dos Estados.

Deixava-se de lado, assim, antigas formas de deferência hierárquica, equiparando-se novas com grandes potências já estabelecidas e ignorando-se diferenças de poder militar, de sistema político ou de confissão religiosa, tudo com base na igualdade decorrente do conceito de soberania que ali era estabelecido. O ideal de uma unidade imperial ou religiosa tantas vezes presente ao longo da História era substituído, no sistema vestfaliano, pela aceitação da multiplicidade como sua ideia-base. (KISSINGER, 2015, p. 33-34).

São, justamente, essas ideias de igualdade e de multiplicidade que se espalharam pelos continentes, perdurando até os dias atuais, que caracterizam a sociedade internacional, distinguindo-a da sociedade interna dos Estados. Sendo a soberania o grau mais elevado de poder, a sociedade composta por entes soberanos não pode possuir, por óbvio, uma autoridade central, capaz de se impor sobre os seus membros como o Estado se impõe sobre os seus súditos ou cidadãos. Consequentemente, tal sociedade funciona segundo um sistema de

coordenação, e não sob um sistema de subordinação, como ocorre no plano estatal. (DUPUY, 1993, p. 5-6).

As organizações internacionais, surgidas na metade do século XIX e desenvolvidas no século XX, são as instituições da sociedade internacional. Tal faceta institucional da vida internacional, entretanto, é, em boa parte, fragmentada, com instituições especializadas desconectadas umas das outras e, mesmo considerando-se a ONU, de abrangência universal e com rol de competências mais abrangente, estas são exercidas no âmbito da cooperação internacional. Ainda que exerça autoridade com o monopólio do uso da força pelo Conselho de Segurança, essa é limitada à defesa da paz e da segurança internacionais (atribuições desse órgão) e não é verdadeiramente exercida sobre a plenitude da sociedade internacional, pois aos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança foi outorgado o direito de veto.

Portanto, seja considerando as relações diretas entre os membros soberanos da sociedade internacional, seja considerando as relações mediadas pelas organizações internacionais, pode-se constatar que a sociedade internacional é descentralizada, desprovida de uma estrutura institucional como a sociedade interna dos Estados, ou seja, não há um governo central, uma autoridade policial, um sistema de imposição centralizada de sanções, um poder legiferante capaz de impor regras jurídicas a todos os membros, nem uma jurisdição a todos oponível. (MELLO, 2001, p. 48-49).

Toda esta descentralização da sociedade internacional permite uma multiplicidade de questionamentos ao Direito Internacional, seja quanto à validade de suas normas, a sua interpretação, aos entes que a elas estão submetidos, à existência, ou não, de primazia das normas internacionais sobre o direito interno dos Estados e, até mesmo, sobre quais são os sujeitos do Direito Internacional e qual é o seu fundamento. Não raro, tais questionamentos não encontram uma resposta na simples e exata aplicação das regras jurídicas, mas envolvem, isto sim, um posicionamento ético baseado na apreciação filosófica de certas questões.

Exemplos de questões dessa natureza não faltam e o primeiro deles diz respeito, justamente, ao próprio fundamento do Direito Internacional, ou seja, da forma pela qual a norma jurídica internacional adquire legitimidade e obrigatoriedade. (RUSSOMANO, 1989, p. 95). Analisando-se as principais correntes

a respeito do tema (voluntarista e objetivista), vemos que tanto faz sentido a ideia de que, numa sociedade descentralizada, o Direito só pode estar intimamente ligado à vontade de seus membros (corrente voluntarista), como também é respeitável a ideia de que nenhuma razão de obrigatoriedade pode estar sujeita à vontade do sujeito obrigado (corrente objetivista). A convicção sobre a corrente que deve triunfar (o que, no presente caso, influenciará decisivamente a forma de aceitação e de aplicação do Direito Internacional), vai depender da visão de mundo do estudioso ou, como diz Celso de Albuquerque Mello (2001, p. 136), "as posições adotadas pelo jurista decorrem normalmente de sua posição filosófica".

Da mesma forma, no tocante às duas vertentes do monismo quanto às relações entre o Direito Internacional e o direito interno, salienta Hans Kelsen:

> O mesmo vale dizer das duas construções jurídicas das relações entre Direito internacional e Direito estatal. A sua oposição baseia-se na diferença de dois sistemas de referência diversos. Um está solidamente vinculado com a ordem jurídica do nosso próprio Estado, o outro com a ordem jurídica internacional. Os dois sistemas são igualmente corretos e igualmente justificados. É impossível, com base numa consideração de ciência jurídica, decidir jurídico-cientificamente por um deles. (1994, p. 385).

A decisão quanto a esse tema também estará vinculada, portanto, à apreciação filosófica que o analista fizer, optando politicamente por um conceito absoluto de soberania ou por um ideal pacifista nas relações entre os Estados.

Por fim, cabe lembrar a questão da subjetividade internacional do indivíduo. Sendo o Direito Internacional fruto de um esforço de coordenação e sendo os Estados os agentes formais deste acordo de vontades do qual não participam os indivíduos em nome próprio, afigura-se como correta a posição que, à luz da natureza convencional do Direito Internacional, nega, ao homem, a qualidade de sujeito dessa ordem jurídica. Os supostos direitos que certos documentos internacionais consagram ao ser humano seriam, na verdade, segundo essa concepção, deveres instituídos aos Estados, sendo o homem mero objeto da norma. Por outro lado, considerando-se que o fenômeno jurídico é obra humana para facilitar e regular as suas relações de convivência, negar a subjetividade internacional ao homem atenta contra a natureza do Direito e contra a dignidade humana, conforme defendem os juristas favoráveis ao

reconhecimento de personalidade jurídica de Direito Internacional ao indivíduo. A escolha entre um lado ou outro, mais uma vez, é filosófica, pois "a contraposição entre sujeito e objeto na esfera jurídica, como diz LEGAZ, não é lógica, senão ética". (MIAJA DE LA MUELA, 1979, p. 253).

Exemplificados temas cruciais do Direito Internacional que não podem ser decididos por mero silogismo jurídico, mas que demandam uma reflexão e um posicionamento filosófico, voltamos ao objeto imediato do presente estudo, para avaliar se o dever da não intervenção ainda está plenamente em vigor, se foi revogado ou se passou a admitir exceções, avaliação essa que deverá considerar, inclusive, se há uma resposta plenamente jurídica a tal questionamento ou se também aqui uma reflexão filosófica será decisiva.

1.2 O dever de não intervenção

Após a queda do Império romano, a Europa passou por uma grande fragmentação. Diferentes dinastias e nacionalidades competiam por poder, mas a ordem era dada pelo equilíbrio, em um sistema pluralista que era muito menos fruto de um ideal de diversidade por parte dos monarcas europeus do que pela falta de força para impor, de forma efetiva, seu poder uns sobre os outros. Os conflitos eram frequentes. Nesse cenário, a referência de unidade foi sendo fixada, cada vez mais, na Igreja, de modo que duas autoridades eram reconhecidas: o governo civil, no plano secular, e a Igreja, com "os sucessores de Pedro, cuidando dos princípios universais de salvação". (KISSINGER, 2015, p. 19-20).

Nesta Ordem Internacional da Cristandade, a universalidade moral dos valores cristãos autorizava o desenvolvimento de uma doutrina pelo uso da força nas relações internacionais, bem como interferência política externa e avaliação, por autoridades estrangeiras, de aspectos da vida interna das diferentes coletividades relativos à existência, ou não, de conformidade aos preceitos religiosos. Verificadas circunstâncias de disparidade entre a prática de determinado reino e os valores cristãos, autorizada estava a intervenção até mesmo pelo uso da força, segundo o conceito de guerra justa. (JUBILUT, 2010, p. 44).

Foi na Paz de Vestfália que, como consequência direta dos princípios da soberania e da igualdade, foi consagrado o princípio da não intervenção.

Findavam, na ordem vestfaliana, as guerras de religião, firmando-se o sistema no aspecto formal da igualdade soberana dos Estados e afastando-se do interesse internacional o aspecto material de cunho religioso, o que retirava a possibilidade de apreciação e de ingerências, por um soberano, em assuntos internos dos outros, sob o pretexto de guarda dos valores cristãos.

O sistema de Vestfália perdura, em sua essência, até os dias atuais. Entretanto, certos momentos históricos demonstram uma flexibilização de alguns de seus princípios, como quando o Concerto Europeu, no começo do século XIX, curvando-se à realidade demonstrada pelas guerras napoleônicas, no sentido de que nem todos os Estados eram efetivamente iguais, restringiu o princípio da igualdade a sua concepção política, em detrimento de sua expressão jurídica até então vigente. A igualdade, assim, no Concerto Europeu, passou a ser mutuamente reconhecida entre as cinco potências europeias de então (Reino Unido, Prússia, Rússia, Império Austro-Húngaro e França), admitindo-se um tratamento diferenciado em relação aos demais Estados. Como o princípio da não intervenção decorre diretamente do princípio da igualdade, abria-se, assim, naquele momento, a porta para intervenções, as quais foram realizadas atendendo aos interesses dessas grandes potências, na ampliação de mercados consumidores e de matérias-primas em razão da Revolução Industrial. (JUBILUT, 2010, p. 51).

O princípio da não intervenção voltou a ganhar força quando o *Pacto Briand-Kellog*, de 1928, condenou o recurso à guerra para solucionar controvérsias internacionais e, por ele, os Estados renunciaram à guerra como instrumento de política nacional em suas relações mútuas, mas foi a Carta das Nações Unidas, de 1945, que restaurou plenamente o princípio da não intervenção, consagrando-o em seu texto e reforçando a proibição do uso individual da força, salvo para fins de legítima defesa.

Por intervenção, em Direito Internacional, entende-se a ingerência nos assuntos internos ou externos de um Estado soberano, com o objetivo de imposição de uma vontade estranha a este. A intervenção indevida caracteriza-se, portanto, pela conjugação de dois fatores: a imposição da vontade exclusiva do ente que a pratica e a prática de um ato abusivo, assim entendido o ato não baseado em compromisso internacional. (CASELLA, 2012, p. 356).

A intervenção pode ocorrer por diversas formas. A título ilustrativo, pode-se mencionar que uma intervenção pode ser diplomática ou armada, bem como individual ou coletiva, entre outras variantes.

Os autores dedicados ao Direito Internacional costumam registrar, ainda, algumas doutrinas relativas ao dever de não intervenção, sendo as principais: a) doutrina Monroe: datada de 1823, tratava-se de uma reação à retomada do intervencionismo pelo Concerto Europeu, buscando preservar o continente americano de intervenções europeias e assumindo o compromisso de os Estados Unidos não intervirem nos negócios dos países europeus; b) doutrina Drago: que condena o uso de força armada para cobrança de dívida, acolhida como Convenção Porter na 2ª Conferência de Paz, em Haia, 1907; e c) doutrina ESTRADA: considera a possibilidade de um Estado decidir se procederá, ou não, ao reconhecimento do governo de outro ente soberano, uma forma de intervenção indevida nos assuntos internos de outro Estado, cabendo apenas a manutenção ou retirada de seus representantes diplomáticos permanentes nesse Estado.

2 Intervenção internacional

Apesar da consagração do dever de não intervenção na Carta das Nações Unidas, esse, na prática, não resultou numa supressão das intervenções da vida internacional, seja porque há certas modalidades permitidas de intervenção, seja porque há certas situações em que os Estados intervêm independentemente de existir, ou não, uma clara permissão para isso no sistema jurídico.

Identificaremos aqui, num primeiro momento, certas situações em que tem ocorrido a intervenção na prática internacional e, posteriormente, analisaremos os fundamentos pró e contra a sua ocorrência.

2.1 Situação prática atual

De início, deve-se lembrar que a Carta das Nações Unidas autorizou os Estados a fazerem uso individual da força para fins de legítima defesa e, para as demais situações, outorgou ao seu Conselho de Segurança o suposto monopólio do uso da força, o qual deveria ser destinado ao fim de obter a manutenção ou o restabelecimento da paz e da segurança internacionais (art. 42). Portanto, é

perfeitamente lícita a intervenção da ONU, quando assim decidida por seu Conselho de Segurança, a fim de evitar ou fazer cessar uma agressão. Apesar da ênfase dada ao uso de força armada, esse não é o único meio do qual a ONU dispõe, para atuar nessas situações, devendo buscar empregar, previamente, meios pacíficos de solução de controvérsias, seja, num primeiro momento, convidando as partes a se utilizarem de procedimentos como a mediação, a conciliação ou a solução judicial (art. 33), seja, num segundo momento, impondo certas medidas, como a interrupção completa ou parcial das relações econômicas (art. 41).

Além dessa atuação na área de seu objetivo primordial, a ONU também pode realizar uma intervenção para fins de defesa dos Direitos Humanos, através das *forças de paz*. Num primeiro momento, o entendimento a respeito de tal atuação era no sentido de que ela só poderia ocorrer se presentes os seguintes pressupostos:

– a operação deveria ser realizada sob a autoridade do Conselho de Segurança e ser dirigida pelo secretário-geral da ONU;

– as partes interessadas deveriam dar seu consentimento e plena cooperação à operação e aos contingentes que dela participem (CARRILLO SALCEDO, 1991, p. 119);

– tais forças não poderiam ser criadas para lutar contra o agressor, mas apenas para se interporem entre as partes em luta;

– o uso de armas só poderia ser feito em legítima defesa;

– suas funções seriam, ainda, de polícia local, supervisão de plebiscito, manutenção da ordem em um Estado, etc. (MELLO, 2001, p. 637).

Tais restrições à intervenção da ONU em assuntos internos de um Estado começaram, porém, a ser cada vez mais flexibilizadas, a partir dos anos 90. O procedimento adotado contra o golpe militar de 30 de setembro de 1991 no Haiti exemplifica esta mudança. Primeiro foi nomeado um mediador que não adotou uma postura exatamente neutra e, a seguir, em junho de 1993, um embargo de petróleo e armas é imposto ao Haiti. (SEITENFUS, 1994, p. 63). Então, na Resolução 940 do Conselho de Segurança, de 31.7.1994, foi aprovada a utilização de "todos os meios necessários" para recolocar o presidente Aristide no poder (ONU, 1994). Foi este, portanto, um caso claro de conflito interno, em que ocorreu decisiva intervenção da ONU em favor de uma das partes.

Mas, se a atuação da ONU pode ser explicada pela teoria dos poderes implícitos (segundo a qual a organização internacional poderia praticar atos não previstos expressamente em seu rol de competências, desde que esses fossem indispensáveis ao cumprimento de seus objetivos), chama mais a atenção a intervenção direta de Estados ou de outra organização internacional, sem a autorização do Conselho de Segurança.

Em 1999, a Organização do Tratado do Atlântico Norte (Otan) realizou, sem qualquer autorização do Conselho de Segurança, uma intervenção na Iugoslávia relativa à guerra do Kosovo, voltada à proteção dos kosovares de origem albanesa, que sofriam processo de limpeza étnica (BBC).

Posteriormente, em 2003, uma coalizão liderada pelos Estados Unidos invadiu o Iraque com o anunciado objetivo de acabar com as armas de destruição em massa que estariam sendo mantidas pelo governo iraquiano. Constatada, porém, a inexistência de tais armamentos, a operação prosseguiu com o objetivo de libertar o povo iraquiano de um regime autoritário. Tal ataque contra a organização política de um Estado soberano, apesar de não contar com uma autorização do Conselho de Segurança, não sofreu qualquer crítica oficial da ONU, tendo o secretário-geral pedido, ainda, que os demais países colaborassem com os EUA na reconstrução do Iraque. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2003).

Os casos do Iraque e de Kosovo ilustram esta prática de Estados ou organizações internacionais intervirem em conflitos internos, sem a chancela da ONU. Especificamente em relação ao Iraque, a permanência das forças estrangeiras em seu território, para conduzir à instalação de um novo regime político, vai além da intervenção emergencial para fazer cessar uma agressão a certo grupo oprimido, mas caracteriza uma outra forma de ingerência conhecida como intervenção militar transformadora, em que, contrariando as regras tradicionais de Direito Internacional Humanitário (segundo as quais as forças de ocupação deveriam respeitar as leis e os arranjos econômicos existentes no território ocupado, fazendo o menor número de alterações possível), os Estados interventores afastam os governantes locais, mudam o sistema político, interferem na economia e, possivelmente, fazem ingerências até mesmo nos padrões sociais de comportamento. (ROBERTS, 2006, p. 580).

Por fim, não se pode esquecer as intervenções motivadas por apoio a guerras de libertação nacional, que estiveram em destaque até que estivesse

praticamente concluído o processo de independência das possessões europeias de além-mar, quando um Estado resolve apoiar a busca da independência por outro. (DINSTEIN, 2004, ps. 95-98). Evento recente que guarda relação com este tipo de intervenção foi o apoio dado pela Rússia à independência da Crimeia, em relação à Ucrânia em 2014, acolhendo imediatamente seu pedido de anexação ao território russo. Embora a Rússia negue participação de suas forças oficiais no conflito interno da Ucrânia, a simples precipitação na anexação do território, cuja independência não fora aceita pelo país vizinho, afigura-se como uma forma de intervenção.

Este, portanto, um breve panorama do quadro relativo às intervenções internacionais, com ênfase àquelas perpetradas com base no uso da força, por serem as mais traumáticas para as relações internacionais e para a paz mundial. Pode-se constatar, pelos exemplos relatados, que, apesar da proibição do uso da força nas relações internacionais e do dever de não intervenção consagrados na Carta das Nações Unidas, várias formas de intervenção vêm ocorrendo na prática, sem uma reação mais drástica da sociedade internacional destinada a combater ou censurar tais investidas. O fundamento invocado para essas intervenções é a defesa dos direitos humanos. Mesmo o último tipo mencionado, referente às guerras de libertação nacional, pode ser identificado a este tema, já que a autodeterminação dos povos não deixa de ser um dos direitos fundamentais reconhecidos ao ser humano. O que se questiona é: A invocação da defesa de direitos humanos é fundamento capaz de afastar as garantias da defesa da soberania, conceito sobre o qual se funda toda a ordem mundial desde Vestfália? É sobre os principais argumentos a favor e contra a possibilidade jurídica dessas intervenções que versará o próximo tópico.

2.2 Avaliação da licitude das intervenções humanitárias

Considerando que o princípio da não intervenção é uma das noções básicas do sistema vestfaliano e que, por outro lado, conforme acima relatado, a prática das relações internacionais têm registrado certas intervenções, deve-se, em primeiro lugar, analisar se as regras vigentes em Direito Internacional preveem exceções à vedação do uso da força nas relações internacionais e ao dever de não intervenção, exceções essas em que se poderiam abrigar tais intervenções alegadamente praticadas em nome da defesa dos direitos humanos.

O art. 2º da Carta das Nações Unidas, no que tange diretamente à matéria objeto do presente estudo, elege os princípios que deverão guiar as suas ações e as de seus membros dispondo, em seus parágrafos:

> 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros.
> [...]
> 3. Todos os membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.
> 4. Todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado ou qualquer outra ação incompatível com os propósitos das Nações Unidas.
> [...]
> 7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.

O princípio da não intervenção está especificamente consagrado no parágrafo 7º. O Capítulo VII, referido no final desse parágrafo, é o referente à ação relativa a ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão, preservando contra o princípio da não intervenção o grande objetivo da ONU que é atuar para manter a paz e a segurança internacionais. No parágrafo 1º encontra-se consagrada a igualdade soberana de todos os seus membros, firmando, assim, a igualdade formal que não distingue entre Estados fortes e fracos, grandes e pequenos, com base no pleno reconhecimento, a todos, do atributo da soberania que implica o dever de respeito à autoridade máxima do soberano, abstendo-se de fazer ingerências, o ente internacional e os diferentes soberanos, nos assuntos de exclusivo interesse de cada um. Ainda, no tocante às intervenções armadas, o princípio da não intervenção é conjugado com o princípio do não uso da força nas relações internacionais, razão pela qual se deve atentar para o parágrafo 3º do art. 2º, referente à obrigação de que a resolução de controvérsias seja buscada por meios pacíficos. O parágrafo 4º consagra a vedação à ameaça ou ao uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, assim como proíbe também qualquer outra ação incompatível com os propósitos das Nações Unidas.

Proibido o uso individual da força e, consequentemente, proibida a intervenção armada por um membro da ONU em outro, cabe ao Conselho de Segurança o monopólio da força no cenário internacional, agindo em nome dos membros da organização (art. 24, 1, da Carta). A exceção a essa regra é a admissão do uso individual ou coletivo da força para fins de legítima defesa, conforme ressalva o art. 51 da Carta das Nações Unidas. Nada mais.

Deve-se ressaltar que, apesar do monopólio da força pela ONU, através de seu Conselho de Segurança, a vedação à intervenção atinge a própria organização, conforme regra expressa no início do parágrafo 7º, do art. 2º. A Corte Internacional de Justiça, no caso de Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua, esclareceu que a referida norma abrange a atuação da ONU e dos Estados. (CIJ, 1986). Portanto, uma vez que a Carta silencia quanto à suposta intervenção humanitária, apenas ressalvando a proibição do uso da força os casos de legítima defesa, tanto a intervenção humanitária direta por Estados, como uma ingerência dessa natureza pela ONU estão, em princípio, vedadas pela letra fria da Carta.

Neste ponto, aliás, é importante lembrar que a hipótese de uso da força pela organização em prol dos Direitos Humanos não se trata de um tema novo, motivado apenas pelos acontecimentos ocorridos a partir dos anos 90. Já nas negociações para celebração da Carta da ONU a França propunha que graves violações aos direitos humanos fossem consideradas ameaças à paz e segurança internacionais, podendo ensejar intervenções. Ocorre que a preocupação dominante, naquele momento, era a agressão internacional e a ONU estava sendo vista como dotada de muita força (JUBILUT, 2010, p. 58-59), de modo que a proposta francesa não foi incluída na redação final do texto. A falta de previsão da intervenção em prol de direitos humanos, como exceção aos princípios de não intervenção e de proibição do uso da força nas relações internacionais, portanto, não se tratou de mera omissão dos autores da Carta, mas de silêncio eloquente.

Contudo, apesar da clareza do tratado vedando a intervenção e o uso da força nas relações internacionais, que leva parte da doutrina a condenar fortemente a intervenção perpetrada por Estados, sob pretexto humanitário (por exemplo, DINSTEIN, 2004, p. 98-102), fundamentos a favor dessas intervenções também são – e cada vez mais – encontrados.

De início, pode-se considerar que, a partir dos anos 90, houve uma "ampliação da consciência sobre os direitos humanos", como integrantes da ordem pública internacional e que isso, por sua vez, levou a uma "ampliação do conceito de paz, que deixou de significar meramente a ausência de conflitos". (JUBILUT, 2010, p. 107). Ora, se a paz deixa de ser entendida como apenas a ausência de conflito armado internacional e passa a significar uma convivência respeitosa entre os seres humanos, e que sejam preservados seus direitos fundamentais, graves violações aos Direitos Humanos, nessa linha de raciocínio, podem ensejar o emprego de força pelo Conselho de Segurança da ONU, ao abrigo da cláusula que prevê tal atuação ante ameaça à paz e segurança internacionais.

Outro argumento utilizado em prol das intervenções humanitárias é no sentido de que o que estaria proibido pelo art. 2 (4) da Carta da ONU é o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado, de modo que aquela intervenção que se limitasse a atuar para resgatar pessoas que estejam sendo vítimas de atrocidades, sem que isso seja feito de modo a pôr em risco a integridade territorial ou a independência política do Estado em que se encontram, em nada estaria violando a suprarreferida norma. (HIGGINS, 1993, p. 313-316).

O prestígio dos direitos humanos e a necessidade de uma solidariedade internacional para preservá-los quando seriamente violados, aliás, antes mesmo do início da década de 90 já havia levado o Instituto de Direito Internacional, em sua sessão de Santiago de Compostela de 1989, a aceitar a tese da intervenção para proteção dos direitos humanos, posição que foi reforçada por nova manifestação em sua sessão de 2003, em Bruges. (CASELLA, 2012, p. 364-365).

Situação que denotava extrema desigualdade de forças, o massacre dos kosovares motivou a atuação da Otan dissociada de qualquer autorização da ONU em 1999, contando com o apoio de boa parte da opinião pública internacional, em um consenso de que não era possível à comunidade internacional assistir de braços cruzados ao livre-extermínio de vidas humanas. Naquele mesmo ano, o então secretário-geral da ONU, Kofi Annan, solicitou, na Assembleia-Geral, um novo consenso internacional para responder às massivas violações de direitos humanos e ao Direito Humanitário, o que levou o governo do Canadá a organizar uma comissão para tratar do assunto, designada

International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS). Tal comissão apresentou detalhado relatório intitulado "A Responsabilidade de Proteger" em outubro de 2001, o qual foi aprovada em Assembleia-Geral no ano de 2005. (JUBILUT, 2010, p. 154, 160-161).

Para fundamentar a possibilidade de intervenção para proteção de direitos humanos, no referido relatório é substituída a noção de *soberania como controle* pela noção de *soberania como responsabilidade*, substituição motivada pelo crescente impacto das normas internacionais de direitos humanos e do conceito de segurança humana no discurso internacional. (ICISS, 2001, p. 13). Também a ideia de segurança é ampliada, da noção exclusivamente vinculada à segurança nacional ou territorial, para a concepção de soberania humana, que, além dos cuidados contra o risco de uma agressão externa, abrange também preocupações com fatores internos a um Estado, como ameaças à vida, à saúde, aos meios de subsistência, à segurança pessoal, à dignidade humana e, até mesmo, ameaças perpetradas pelas próprias forças de segurança nacional. (ICISS, 2001, p. 15).

Segundo o relatório "A Responsabilidade de Proteger", a atual dimensão dos direitos humanos e essas novas visões de soberania e de segurança por ela inspiradas, combinadas com a prática de Estados e de organizações regionais, bem como com precedentes do Conselho de Segurança sugerem a emergência de um novo princípio, segundo o qual a intervenção para propósitos de proteção humana, incluindo intervenção militar em casos extremos, é aceitável quando um dano maior aos civis está ocorrendo ou prestes a ocorrer, e o Estado em questão está incapacitado ou não deseja pôr fim a esse dano, ou é ele próprio o causador deste. (ICISS, 2001, p. 16).

Há, portanto, vários argumentos segundo os quais, em ocorrendo graves lesões aos direitos humanos, seria lícita a realização de intervenção visando a salvaguardar esses direitos.

Analisados os fundamentos jurídicos acima relatados, pode-se verificar que há razões relevantes para ambos os lados. Como o objeto da presente análise é apenas verificar a existência de fundamento jurídico para as intervenções humanitárias, não será aqui abordada a questão da apreciação da legitimidade da intervenção no tocante à sinceridade dos fundamentos humanitários invocados, quando praticada sem a chancela do Conselho de Segurança da ONU,

pois isso diria respeito a aspecto prático da intervenção e não à existência de fundamentos jurídico-teóricos, quanto à possibilidade de existência deste tipo de ação.

Conclusões

O Direito Internacional é a ordem jurídica da sociedade internacional e, consequentemente, possui certas características que derivam diretamente das peculiaridades que cercam o campo social de que provêm e ao qual se aplicam. Tais peculiaridades estão ligadas à descentralização da sociedade internacional, que lhe dá contornos diferentes das sociedades internas dos Estados, sobretudo pela ausência de uma definição indiscutível do que seja certo ou errado, ante à inexistência de uma instituição definidora superior.

A sociedade internacional mantém a estrutura de origem vestfaliana segundo a qual ela está dividida em Estados dotados de soberania e, consequentemente, juridicamente iguais, de modo que descabe a um fazer ingerências nas questões internas do outro. Além disso, o mecanismo criado para manter a paz e a segurança internacionais está baseado na renúncia ao uso da força, salvo para fins de legítima defesa ou através do Conselho de Segurança das Nações Unidas, sendo que, nos tratados internacionais em vigor, não há exceção a essa regra jurídica. Portanto, são normas estruturais, fundamentais, inerentes à constituição da sociedade internacional, aquelas segundo as quais as intervenções humanitárias levadas a cabo à margem do sistema da ONU via Conselho de Segurança seriam ilícitas. Ainda que se ampliasse o conceito de segurança internacional para abranger a defesa dos direitos humanos, conforme certas posições acima mencionadas, apenas este órgão estaria habilitado a fazer uso da força no sistema da ONU.

Por outro lado, sendo o fim último do Direito a regulação das relações para permitir uma convivência pacífica entre as pessoas, e sabendo-se que o Conselho de Segurança seguidamente esbarra no veto formulado por algum de seus membros permanentes com base em interesse próprio ou de algum aliado desse Estado (e não considerando os elevados valores que deveriam reger a sociedade internacional), parece inconcebível fechar os olhos a massacres ou a outras formas de graves violações a aspectos fundamentais da vida humana

perpetradas contra significativos contingentes populacionais, sob o fundamento de que o Estado é soberano e, por consequência, não haveria, juridicamente, o que a sociedade internacional fazer, se tais atrocidades fossem cometidas dentro dos limites da jurisdição de um Estado.

Assim sendo, aqueles que tiverem apego à ideia de soberania e à segurança do poder estatal considerarão inconcebível a intervenção, ainda que alegadamente humanitária, por absoluta falta de fundamento jurídico que a ampare, e, sob certo ponto de vista, estará correto em suas conclusões. Já alguém apegado a uma ideia mais abrangente de paz e que tenha o ser humano como centro de todo e qualquer edifício jurídico identificará princípios que justificarão tais intervenções e, igualmente, terão relevantes fundamentos para sua posição.

Como se vê, assim como ocorre com as questões referentes ao fundamento do Direito Internacional, às relações entre o Direito Internacional e o Direito interno e à subjetividade internacional do indivíduo, anteriormente mencionadas neste texto, também aqui não há uma definição como decorrência de mero silogismo jurídico, dependendo a solução de uma tomada filosófica de posição a respeito. A filosofia, a reflexão e os valores que inspiram o ser daquele que se depara com tais questões do Direito Internacional é que vão conduzir a busca pela difícil resposta, em uma associação jurídico-filosófica indissolúvel.

Referências

BBC. *Os anos Milosevic: a guerra de Kosovo.* Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/static/especial/milosevic_yugoslavia/kosovo.htm>. Acesso em: 23 fev. 2018.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El derecho Internacional en perspectiva histórica***.** Madrid: Tecnos, 1991.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA**,** G. E. do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público.* São Paulo: Saraiva, 2012.

CIJ. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America).* Disponível em: <http://www.icj-cij.org/en/case/70>. Acesso em: 26 fev. 2018.

DINSTEIN, Yoram. *Guerra, agressão e legítima defesa.* Barueri, SP: Manole, 2004.

DUPUY, René-Jean. *O direito internacional.* Coimbra: Almedina, 1993.

FOLHA DE S. PAULO. *Annan pede doação para reconstruir Iraque.* Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2410200308.htm>. Acesso em: 22 fev. 2018.

HIGGINS, Rosalyn. International Law and the avoidance, containment and resolution of disputes: general course on public international law. *Recueil de Cours*, tomo 230, Hague Academy of International Law, 1993.

ICISS. *The responsibility to protect*. Ottawa, Canadá: International Development Research Centre, 2001.

JUBILUT, Liliana Lyra. *Não intervenção e legitimidade internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KISSINGER, Henry. *Ordem mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Introduccion al derecho internacional público*. Madrid: Atlas, 1979.

ONU. Resolução 940. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/940(1994)>. Acesso em: 22 fev. 2018.

ROBERTS, Adam. Transformative military occupation: applying the laws of war and human rights. *American Journal of International Law*, v. 100, n. 3, p. 580-622, 2006.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SEITENFUS, Ricardo. *Haiti:* a soberania dos ditadores. Porto Alegre: Solivros, 1994.

18
O Poder Judiciário como guardião dos direitos morais ou como árbitro do mercado político: um debate entre a concepção constitucional de democracia de Ronald Dowrkin e o procedimentalismo constitucional de John Hart Ely

Silvana Colombo*

Introdução

O presente artigo aborda o papel que o Poder Judiciário poderia de forma legítima exercer em um regime democrático, a partir de Ronald Dworkin e John Hart Ely. A escolha destes autores se justifica pelo fato de Dworkin abordar o referido tema no contexto da concepção de democracia constitucional, enquanto que Ely discute o papel do Judiciário, com base na concepção procedimental de democracia.

A finalidade é verificar se o papel do Judiciário está restrito à garantia dos procedimentos democráticos ou se a ele deve ser atribuída a função de guardião dos valores morais inseridos no texto constitucional. Para tanto, o artigo está organizado em três partes.

A primeira, destina-se ao enquadramento do trabalho de Dworkin no pensamento filosófico, assim como a exposição das principais características da teoria jurídica de Dworkin. Já a segunda, discorre acerca da teoria procedimentalista de Ely, assim como do conceito de democracia procedimental. Por fim, aborda-se o papel do Poder Judiciário na visão de Dworkin e Ely e às respectivas objeções às ideias desenvolvidas por ambos os autores.

No campo da filosofia do direito, o autor enfatiza o caráter aberto da interpretação jurídica, assim como do sistema jurídico, razão pela qual sua teoria acerca da interpretação do direito é baseada nas decisões judiciais provenientes dos tribunais anglo-saxônicos. Prioriza-se a análise dos casos difíceis (*hard cases*), que ocorrem quando o sentido da norma não é claro ou há conflitos entre dispositivos legais ou não há direito para ser aplicado.

* Doutoranda em Direito pela PUC/PR. Mestra em Direito pela UCS. Graduada em Direito pela Unijui. Professora no curso de Direito da URI/FW. Advogada. Integrante do grupo de pesquisa CNPQ Therapuetic Jurisprudence.

Nestas situações, segundo Dworkin, o juiz não deve ter uma perspectiva criadora do direito, mas sim descobri-lo por meio de uma interpretação construtiva da prática institucional. Quando uma decisão judicial é produzida, esta decisão afirma o direito de uma das partes, direito que já estava presente no ordenamento jurídico, e que se materializa sob a forma de princípio.

Em razão disto, as decisões passadas dos tribunais contêm uma teoria moral importante para a comunidade e que deve se perpetuar, adaptando-se aos novos tempos. A integridade exige que a interpretação produzida seja adequada à história institucional da prática jurídica, assim como o juiz deve escolher a interpretação que melhor possa fazer desta prática a melhor possível.

Outro ponto que merece destaque, na teoria de Dworkin, é a comparação entre o direito e a literatura. A análise de um caso difícil se assemelha a um romance em cadeia, escrito por vários autores em série, de maneira que cada um interpreta os capítulos anteriores para elaborar um novo capítulo e assim sucessivamente.

Na segunda parte, o artigo volta-se para a análise da interpretação das normas da Constituição, que, na visão de Dworkin, deve ser submetida a uma leitura moral, em razão do conteúdo axiológico dos direitos fundamentais e das disposições abstratas contidas em seu texto. Essa interpretação deve ser realizada pelos juízes, especialmente pelo fato de estes decidirem com base em argumentos de princípios.

A partir deste entendimento, o questionamento que surge é se os juízes não eleitos podem derrubar uma decisão política tomada pela maioria de seus representantes. Para Dworkin, a resposta é afirmativa, uma vez que o Poder Judiciário está legitimado para dar a última resposta em relação à interpretação das disposições abstratas contidas na Constituição.

Para o autor, a invalidação de uma lei pelo Poder Judiciário não viola a democracia, mas a protege, desde que satisfeitas as condições democráticas. Assim, a concepção constitucional de democracia, entendida como aquela que busca garantir a igualdade política, também é objeto de análise.

Finalmente, na terceira parte, o artigo aborda a teoria de interpretação constitucional de John Hart Ely, autor de tendência formalista, que defende uma forma de controle de constitucionalidade, sob o viés procedimentalista, fundamentado no sistema de democracia representativa.

Na obra *Democracia e desconfiança*, Ely procura fugir da dicotomia inserida no campo da teoria constitucional entre a corrente do interpretacionismo e a corrente do não interpretacionismo, pois considera que ambas são insuficientes, para embasar uma prática adequada ao controle judicial de constitucionalidade das leis.

Significa dizer que a atuação do Judiciário está vinculada à identificação e correção de falhas no mercado político (processo democrático), ou seja, especialmente a Corte Suprema não deve atuar no sentido de ditar resultados substantivos.

Ao Judiciário seria atribuída a tarefa de proteção dos direitos civis e políticos relacionados à manutenção do processo de decisão, como o direito de voto, e a liberdade de expressão e de associação partidária. Como a intervenção somente seria legítima, se os direitos correlatos à participação política estiverem em risco, o papel do Judiciário está centrado na defesa dos procedimentos democráticos de participação.

Por fim, após a explanação da proposta de ambos os autores em relação à teoria do controle judicial, serão abordadas algumas objeções à teoria procedimental de Ely, entre elas, o fato de a Corte não poder adentrar no campo dos juízos morais substantivos, defendidos por Dworkin.

1 A integridade no direito como base da interpretação constitucional em Dworkin

A interpretação construtiva, base da teoria de Dworkin, foi desenvolvida no seu texto *Hard cases* e, posteriormente, no livro o *Império do direito*, na qual apresenta o direito como integridade, uma alternativa ao positivismo. Segundo o autor, o método interpretativo é mais adequado para a compreensão dos conceitos normativos e das práticas sociais, uma vez que a descrição não seria suficiente para tal finalidade.

A interpretação no direito se assemelha à interpretação artística, que é uma interpretação criativa pelo fato de partirem de algo criado pelas pessoas, como uma entidade distinta delas. Para o autor, “a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o

melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam". (DWORKIN, 2005, p. 87).

Da comparação entre o direito e a literatura, fica a ideia de que os juízes têm a responsabilidade de dizer o direito, a partir dos princípios da integridade e da moral, com a finalidade de chegar a decisões justas coletivos da sociedade.

O direito como integridade não tem sua visão voltada para o passado (convencionalismo) nem para o futuro (pragmatismo). Trata-se de construir uma decisão correta, com base na integridade do sistema jurídico, extraindo deste os princípios e os valores que a comunidade personificada e faz vigorar no presente, com base nos princípios de justiça, equidade e do devido processo legal.

O processo de tomada de decisão no direito deve ser inserido numa perspectiva liberal igualitária, ou seja, de valorização dos direitos individuais e democráticos, porque todos os integrantes da comunidade devem ser tratados com igual consideração e respeito. (CHUEIRI, 2002).

No mesmo tempo em que o autor defende os direitos individuais de forma a conciliar o liberalismo com a comunidade, enfatiza o papel desta na sua discussão sobre direito, assume relevância na sua teoria, o princípio abstrato fundamental de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito. Por sua vez, esta exige dos membros da comunidade um forte consenso acerca de valores, bens e princípios que consideram importantes.

Nas palavras de Dworkin, a ideia de comunidade de princípio está presente a partir do momento em que as pessoas "aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político". (DWORKIN, 2005, p. 25).

O direito como integridade apresenta um pressuposto formal, a ideia de adequação, entendida como a necessidade de a interpretação produzida pelo juiz estar adequada à história institucional da prática jurídica.Também apresenta um pressuposto substancial, ou seja,o juiz deve escolher a interpretação que melhor reflita a intenção do texto.

Dworkin considera o direito como integridade,[1] um pressuposto da democracia; a partir desta perspectiva, a integridade pode ser estudada sob duas

[1] Ao lado da justiça e do devido processo legal, Dworkin colocará uma terceira virtude, a qual denomina integridade. Esta signfica que o governo tem o compromisso de agir de forma

óticas: a integridade como limite e como princípio. Enquanto princípio, a integridade exige coerência com a história da prática institucional, já a integridade como limite impõe às novas decisões o dever de consistência com os direitos, as leis e os precedentes judiciais já existentes.

Cabe ressaltar que a coerência em um sistema jurídico é corolário do direito como integridade. A coerência assegura a igualdade, ou seja, os diversos casos terão o mesmo tratamento por parte do Poder Judiciário. Assim, se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para casos idênticos, a integridade do direito estará assegurada pela força normativa do texto constitucional. (DWORKIN, 2010).

O direito como integridade traz a marca da moral e da história institucional da comunidade, uma vez que na interpretação estão presentes as convicções morais e políticas dos juízes que servem de parâmetro, para se alcançar a coerência que deve existir entre as decisões presentes e futuras, com as decisões passadas (os precedentes).

Diferentemente da coerência, a integridade é composta por um princípio legislativo, que pede aos legisladores que as normas criadas estejam direcionadas para a realização de princípios morais e políticos da comunidade, e um princípio jurisdicional, que demanda que os aplicadores do direito respeitem o ordenamento jurídico como um conjunto coerente de princípios.

Para que a integridade como princípio jurisdicional, ou a integridade na interpretação, seja realizada, é imprescindível que a integridade como princípio legislativo também se realize, o que requer que as normas criadas pelo Poder Legislativo estejam voltadas para a realização dos princípios morais e políticos da comunidade. (KOZICKI, 2000).

Do exposto até o momento, a integridade no direito poder ser assim conceituada:

> [...] seria o princípio político aglutinador de outros princípios que fundam a sociedade e forneceria, ao mesmo tempo, os sinais indicadores do caminho a ser seguido no futuro – rumo à sua comunidade de princípios, fraternal, apoiada nos princípios da equidade, justiça e devido processo legal – a partir de uma correta apreciação e fé nos valores do passado. (KOZICKI,2000, p. 78).

---

coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para que os padrões de justiça e equidade sejam estendidos a todos os integrantes da comunidade. (DWORKIN, 2005).

A integridade no direito se apresenta como um contraponto ao voluntarismo e à discricionariedade, porque exige que os juízes elaborem seus argumentos de forma conectada ao conjunto do direito e à comunidade de princípios. Essa pressupõe o respeito às leis e também aos princípios de igualdade, entendida como a justa distribuição de recursos e oportunidade, da justiça traduzida na ideia da existência de uma estrutura política imparcial, e devido processo legal adjetivo, ou seja, "processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem". (DWORKIN, 2005, p. 87).

O conceito de comunidade personificada está no centro da concepção do direito como integridade. Para Dworkin, a comunidade não é uma somatória de agentes que visam a atingir seus interesses, mas está relacionado a "ideia de que a comunidade como um todo tem obrigações de imparcialidade para com seus membros, e que as autoridades se comportem como agentes da comunidade ao exercerem essa responsabilidade. (DWORKIN, 2010, p. 65).

A partir do direito como integridade e da ideia de coerência, no próximo item será analisado como se dá o processo de interpretação das normas constitucionais.

2 A leitura moral da Constituição

Na obra intitulada, *Do direito da liberdade a leitura moral da Constituição norte-americana*, Dworkin defende a concepção constitucional de democracia e discorre sobre um método próprio para interpretar uma Constituição, a leitura moral da Constituição.

Antes de discorrer sobre a leitura moral da Constituição, é necessário pontuar que esta não é "propriamente um método. Com ela Dworkin tenta demonstrar que não há um procedimento técnico de interpretação da Constituição. Muitas vezes, a decisão corresponderá a um juízo moral puro, que não deve ser disfarçado". (MENDES, 2008, p. 39).

Dworkin parte da ideia de que a maioria das Constituições expõe direitos a partir de uma linguagem moral aberta e abstrata que, para serem interpretadas de forma correta, devem ser submetidas a uma leitura moral.

Os direitos fundamentais nela estabelecidos devem ser interpretados como princípios morais que decorrem da justiça e da equidade e que levam à fixação

de limites ao poder governante. Neste sentido, a leitura moral da Constituição é um instrumento que permite a aproximação entre o direito constitucional e a teoria moral.

Quando o governo incorpora este conteúdo moral ao texto da Constituição, este deverá decidir "quem terá autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los". (DWORKIN, 2005, p. 87). A indicação do Poder Judiciário como autoridade suprema, o que permitiria que os juízes declarassem inconstitucionais leis aprovadas por representantes eleitos pelo povo, não parece uma escolha natural.

A interpretação moral do texto constitucional deve ser realizada pelos juízes, porque estes decidem com base em argumentos de princípios, aqui entendidos, como um padrão a ser observado em face da exigência de justiça, equidade e devido processo legal. Esta decisão baseada em princípios se legitima em razão de o seu conteúdo (motivação), diferentemente do que ocorre quando as decisões são pautadas pelos argumentos de política,[2] legitimam-se pelo critério "de quem e como decide".

O risco de escolher o Poder Judiciário como autoridade suprema para fazer a leitura moral da Constituição está na possibilidade de o direito ficar na dependência dos princípios morais que são adotados pelos juízes, além de retirar das mãos do povo questões de moralidade política; o povo teria, então, o direito e o dever de decidir por si mesmo.

Os juristas procuram encontrar uma alternativa de interpretação constitucional que estabeleça limites à possibilidade de o Judiciário ler moralmente o texto constitucional. Defendem que não é adequado conceder um poder demasiado aos juízes, próprio da leitura moral, nem fazer da Constituição uma extensão morta do passado. O ideal seria um equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais e a obediência à vontade popular.

Nas palavras do autor, a afirmação de que a leitura moral da Constituição concede poder demasiado ao Poder Judiciário seria um exagero, porque há duas restrições importantes que limitariam a liberdade de agir conferida aos juízes. A primeira delas é a restrição da história traduzida na ideia de que a leitura moral da Constituição deve "tomar como ponto de partida os conceitos que seus

---

[2] Os argumentos de política são aqueles que traçam um programa, um objetivo voltado para a coletividade. (DWORKIN, 2010).

autores expressaram". (DWORKIN, 2005, p. 15). A história deve ser consultada para saber o que os legisladores disseram, por meio dos princípios que declararam e não quais as intenções que os constituintes tinham.

A declaração de direitos por meio de conceitos vagos foi uma opção deliberada dos constituintes, que obrigaria cada geração, a partir dos mesmos conceitos, atualizar suas próprias convicções. Isto pode ser demonstrado pelo fato de que os autores optaram por usar uma linguagem abstrata; além disso, "aqueles que viessem interpretar o texto constitucional deveriam desconsiderar suas próprias opiniões sobre os efeitos que ela teria em casos específicos". (DWORKIN, 2005, p. 15).

Como os juízes não adquirem legitimidade a partir das eleições ou da vontade da maioria, o fundamento de sua legitimidade está na disciplina da argumentação, ou seja, está identificada no compromisso de decidir, com base em argumentos que satisfaçam duas condições essenciais, a sinceridade e a transparência. (MENDES, 2008).

Neste contexto, aparece a segunda restrição ao Poder Judiciário indicada por Dworkin, o direito como integridade. A decisão judicial passaria no teste de adequação se estivesse compatibilizada com a história, com a Constituição e a prática constitucional de uma determinada comunidade. Neste ponto, o autor faz uma ressalva de que nem mesmo a atenção cuidadosa à integridade, por parte de todos os juízes, irá produzir sentenças judicias uniformes. (DWORKIN, 1990).

A leitura moral do texto constitucional induz ao reconhecimento da existência de mais de uma resposta para decidir um determinado caso, momento em que os juízes sensatos deverão decidir por si mesmos qual delas mais honra o seu país, segundo Dworkin. Diante da possibilidade de divergências sobre a resposta correta, os juízes poderiam desconsiderar uma decisão político-legislativa por inconstitucionalidade.

Para Dworkin, o problema central não é saber em que grau a democracia deveria curvar-se perante a proteção de outros valores que são importantes para a sociedade, como os direitos individuais, e sim de saber o que a democracia realmente é.

2.1 A concepção constitucional de democracia

A primeira ideia que vem à tona, quando se fala em democracia, é a de governo da maioria, mas, subjacente às formulações e controvérsias acerca da melhor versão deste regime político, a questão que emerge é o objetivo fundamental de uma democracia. Neste contexto, está a pergunta formulada por Dworkin, qual seja: A premissa majoritária deve ser aceita ou rejeitada?

A premissa majoritária, base da democracia representativa, é traduzida na ideia de que das decisões importantes, seja tomada aquela dada pela maioria dos cidadãos, após terem tido tempo e informação para refletir. Esta se insere na denominada democracia procedimental, caracterizada pela ênfase aos procedimentos democráticos, ou seja, privilegiam os direitos que garantem a participação política e o processo deliberativo, independentemente do resultado a ser alcançado. (DWORKIN, 2006).

A ideia de que as decisões coletivas são tomadas de forma racional e informada pela maioria dos cidadãos não pode ser vista como uma definição de democracia. Isto porque o objetivo que a define está na expectativa de que as "decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade a mesma consideração e o mesmo respeito". (DWORKIN, 2006, p. 26).

Desta forma, Dworkin apresenta a concepção constitucional de democracia, entendida como aquela que enfatiza o resultado, ou seja, busca garantir a igualdade política e jurídica. Para tanto, as decisões democráticas tomadas pelas instituições devem garantir aos membros da comunidade igual respeito e consideração.

Sustenta o autor que a democracia é um governo que está sujeito às condições democráticas de igualdade de *status* para todos os cidadãos. Assim, quando as instituições majoritárias respeitam essas condições, a decisão tomada por elas deve ser aceita por todos. Caracteriza-se pela existência de regras procedimentais e direitos fundamentais, como condição da comunidade democrática. (DAHL, 2001).

É necessário ressaltar que tanto a concepção constitucional de democracia quanto a concepção da premissa majoritária entendem que as decisões políticas devem ser tomadas de forma majoritária pelos agentes políticos. De forma diversa, a concepção constitucional de democracia requer que a preocupação

destes procedimentos majoritários seja com a igualdade entre os cidadãos, e não com a soberania da maioria.

Neste sentido, não rejeita totalmente a premissa majoritária, no que se refere à tomada de decisão pelos representantes eleitos pelo povo, porque nem sempre a premissa majoritária está ajustada a princípios ou valores justos. Mas requer que as instituições majoritárias garantam as condições democráticas de igualdade de *status* para todos os cidadãos.

A democracia pressupõe ação coletiva, isto é, pressupõe o "reconhecimento de unidades de ação em que os diversos atores constituem um grupo capaz de agir como tal". (DAHL, 2001, p. 45). Desta forma, enquanto na premissa majoritária a ação coletiva é do tipo estatístico, na concepção constitucional de democracia a ação coletiva é do tipo comunitária.

É uma ação coletiva do tipo estatístico quando a ideia de grupo aparece como mera figura de linguagem, não tem o sentido de fazer alguma coisa *como* grupo. Esta se resume às regras possibilitadoras para assegurar a vontade da maioria, isto é, quem deve votar e ser votado.

A ação coletiva do tipo comunitário acontece quando "os indivíduos agem de forma que fundam suas ações separadas num ato ulterior unificado que, encarado em seu conjunto, é um ato deles". (DWORKIN, 2006, p. 27). Esta requer que os indivíduos assumam a existência do grupo como entidade ou fenômeno individual.

Na ação coletiva estatística, governo do povo significa que as decisões políticas sejam tomadas de acordo com os votos da maioria, já na ação coletiva comunitária, o governo do povo implica que as decisões sejam tomadas pelo povo enquanto entidade coletiva distinta.

A ação coletiva do tipo comunal seria o verdadeiro pressuposto da democracia, ou seja, a democracia induz a necessidade de ser identificado um vínculo de pertencimento entre indivíduos e grupo. Este vínculo é a filiação moral de cada indivíduo com a comunidade, a partir da condição democrática de igualdade de *status* para todos .

Desta forma, a premissa majoritária, traduzida na ideia de que a democracia é vontade da maioria, não induz necessariamente à justiça nas decisões políticas, porque em algumas situações contrariam os interesses das minorias. O governo da maioria, que impõe sua vontade a um número menor de

pessoas não é justo, a não ser que atenda a determinadas condições democráticas. (DWORKIN, 2006).

Estas condições democráticas estão expressas em três princípios, o princípio da participação, o da reciprocidade e o princípio da independência. O princípio da participação exige que cada pessoa tenha capacidade de influenciar as decisões políticas coletivas, mas sem que este papel seja limitado por "suposições sobre seu talento ou habilidade".

O princípio da reciprocidade estabelece que a decisão política coletiva precisa refletir o mesmo grau de consideração aos interesses de todos os membros da comunidade. (DWORKIN, 2005, p. 339). Já o princípio da independência assegura que todo membro moral de uma determinada comunidade política "deve ser encorajado a ver sua a responsabilidade pelo julgamento das ações do grupo". (DWORKIN, 2005, p. 121).

Estes três princípios representam a ideia que impulsiona a filiação moral entre indivíduo e governo. Para Dworkin, um regime verdadeiramente democrático requer uma comunidade política que atenda às condições democráticas, portanto, que trate seus membros com a mesma consideração e o mesmo respeito.

Quando estas condições são observadas, atribui-se valor também aos interesses minoritários, ainda que seus representantes tenham sido eleitos de forma majoritária, então, a decisão tomada deve ser aceita por todos os membros da comunidade.

Após a breve abordagem da concepção de democracia proposta por Dworkin, o próximo item é dedicado à teoria procedimentalista de Ely, com a finalidade de verificar o papel conferido ao Poder Judiciário, no contexto de uma democracia procedimental.

3 A teoria procedimentalista constitucional de Ely

Na obra intitulada *Democracia e desconfiança: uma teoria da revisão judicial*, John Hart Ely aborda o debate entre interpretativistas e não interpretativistas.[3] Para o autor, a democracia não é compatível com um sistema

[3] "[...] O primeiro (corrente interpretativista) consistiria resumidamente, numa compreensão de que o papel constitucional dos juízes está adstrito ao que está estatuído e escrito na

no qual os juízes, a partir de suas próprias concepções sobre os valores fundamentais da Constituição, estabelecem os limites para a atuação dos demais Poderes.

A corrente interpretativista, aborda as disposições constitucionais como unidades contidas em si mesmas, interpretando-as a partir da linguagem e da história legislativa, excluindo as fontes externas ao texto constitucioal. Para Ely (2010), esta forma de interpretacionismo é inviável em razão da textura aberta presente em vários dispositivos constitucionais, que nos levam a ir além do seu sentido literal.

Nesse sentido, contra os interpretativistas, o autor entende que "o estrito respeito ao texto que fixa aplicação da Constituição no limite encontrado no próprio texto exige um respeito à vontade da maioria expressa e traduzida na forma da lei. No cenário de uma democracia representativa, as minorias devem ser protegidas contra os abusos que podem ocorrer num sistema democrático centrado no critério da maioria". (HENNING LEAL, 2007).

Contra os não interpretativistas, Ely "se volta ao problema de quais seriam os modos de complementação e integração do texto constitucional pelos magistrados". (HENNING LEAL, 2007, p. 50-52). Ou seja, quais seriam as fontes nas quais seriam retiradas estas complementações. Assim, o elemento democrático[4] poderia ser abalado em função de critérios subjetivos ou arbitrários adotados pelos dos juízes.

Além disso, a estratégia utilizada pelos não interpretaivistas, para o preenchimento das disposições abertas do texto constitucional "não escapa de uma imposição paternalista de valores por um órgão contramajoritário", seja quando recorre aos valores do próprio juiz, ao direito natural, aos princípios neutros, à razão, à tradição ou ao consenso. (ELY, 2010, p. 12).

Essa estratégia não interpretacionista de recorrer às referências externas ao texto contraria o "ideal de governo ao substituir as decisões tomadas por um

Constituição, sendo que princípios e valores não são vinculantes (o juiz não pode ampliar o rol de direitos previstos expressamente na Constituição, pois isto acarretaria subjetivismo), ao contrário do segundo (corrente não-interpretativista), onde existe a ideia de que as Cortes devem basear seus julgamentos em elementos que vão além do mero texto, buscando referências por detrás dos limites estritos do documento, vinculados a aspectos morais e valorativos". (HENNIG LEAL, 2007, p. 149).

[4] Entendido como uma construção normativa fruto do sistema de representação popular.

órgão representativo por um corpo irresponsável politicamente”. (WALLACE, 1987, p. 11-12).

A dificuldade desta abordagem está na tentativa de conciliar com os pressupostos democráticos previstos no ordenamento jurídico, uma vez que, não visão do autor, “o do último século fortaleceu essencialmente o compromisso com o controle do governo pela maioria dos governados”. (ELY, 2010, p. 12-15). A democracia majoritária, cerne do nosso sistema, é incompatível com essa filosofia, o que não pode ser negado por eles.

Nas palavras de Wallace (1987, p. 14), o interpretativismo, de que trata Ely, “estaria diretamente ligado a uma interpretação sobre constitucionalidade das leis que parte da própria constituição e dos limites impostos pelo constituinte, do que resultam os argumentos em favor da autocontenção”.

Por sua vez, a corrente do não interpretativismo está ligado à concepção substancial acerca dos valores constitucionais, o que levaria à aplicação do direito natural, como um artifício para esconder as preferências pessoais dos juízes constitucionais.

O debate entre os interpretativistas e os não interpretativistas indica que o autor não aceita que os valores da Constituição dependam exclusivamente das convicções pessoais dos juízes constitucionais. Isto seria incompatível com o princípio democrático, uma vez que os juízes não são eleitos pela população, assim como seus valores não podem se sobrepor às opções legislativas da população.

Diferentemente do que propugna Dworkin, Ely rejeita que os juízes disponham do método mais adequado para compreender a moralidade da nação do que o Poder Legislativo. A efetiva participação no sistema representativo e na percepção dos benefícios sociais seria o mecanismo que poderia assegurar o equilíbrio entre a representatividade das maiorias no Congresso e a proteção dos direitos das minorias.

Outro ponto importante de sua teoria é que a concepção substancial dos valores da Constituição não serve como fundamento de legitimação das decisões judiciais, uma vez que, do ponto de vista axiológico, não haveria diferença no que se refere aos valores eleitos pelo Congresso.

Neste contexto, o autor procura apresentar uma postura intermediária[5] ou uma terceira via à abordagem interpretacionista e não interpretacionista. Ele pretende demonstrar que existe uma alternativa à imposição de valores por juízes não eleitos diante da necessidade de preenchimento da textura aberta da Constituição.

Ely cita o caso *United States v.Carolene Products Co*. (1938), em que foi discutido a constitucionalidade de uma lei que proibia o transporte interestadual de leite com óleo vegetal; a Suprema Corte consignou três importantes postulados: (i) que o Poder Judiciário tem o dever de aplicar as disposições específicas do texto constitucional; (ii) intervir no processo político para proteger essas disposições; (iii) avaliar o modo como a maioria trata as minorias. (ELY, 2010).

Para o autor, estas orientações foram seguidas pela Corte presidida por Earl Warren nos anos 1960, identificando-a como ativista *sui generis.* Isto porque as decisões da Corte foram intervencionistas, com a finalidade de assegurar que o processo político estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vistas, em condições de igualdade, e não para impor determinados valores fundamentais. (ELY, 2010, p. 97-98).

É a partir desta perspectiva, que o autor desenvolve uma teoria de controle de constitucionalidade, que favorece a representatividade e seja orientada pela participação política. Ely sustenta a premissa majoritária, diferentemente da proposta de Dworkin vista anteriormente, e inclui a possibilidade de o Poder Judiciário aperfeiçoá-la ou reafirmá-la.

Se para Dworkin o juiz tem o dever de escolher as decisões que mais honrem a história do seu país, Ely entende que quando u juiz interpreta uma lei, o papel do tribunal está restrito à determinação do propósito expresso pela linguagem da lei. Para o autor, o mau funcionamento do sistema é o que o controle jurisdicional visa a remediar. Os representantes eleitos não são as pessoas em que se deve confiar a tarefa de identificação de situações

[5] Se deve ser considerada uma abordagem intermediária entre o interpretacionismo e o não interpretacionismo, é uma questão que, além de não ser importante, não pode ser respondida; por outro lado, é muito importante saber se esta abordagem de fato é capaz de evitar os perigos de um interpretacionismo estreito, sem sacrificar seus pontos fortes. (ELY, 2010, p. 17).

relacionadas ao mau funcionamento do sistema, porque necessitam preservar a continuação do mandato.

Desta forma, cabe ao Poder Judiciário avaliar as situações em que os representantes eleitos não estão representando os interesses dos representandos, seja por obstruírem os canais de mudança, seja por agirem como partícipes da tirania da maioria. A primeira tarefa consiste na necessidade de as cortes protejerem os direitos de acesso político, como o direito ao voto, organizar-se politicamente, concorrer à eleição. A segunda refere-se ao dever que os representantes têm de representar todos os seus eleitores, o que implica o respeito ao direito das minorias. Assim, sua teoria é visualizada como uma reação "às maneiras nas quais o pluralismo fracassa em proteger minorias". (WALL, 2016, s./p.).

De acordo com Ely (2010), três são os argumentos que sustentam a forma de controle de constitucionalidade orientada para a participação. O primeiro, refere-se ao objeto de preocupação da Constituição, a saber, os direitos de acesso e de igualdade. Já o segundo, reafirma que a forma de controle de constitucionalidade orientada para a participação é mais consistente com a teoria democrática.

O último argumento afirma a que proteção dos direitos de acesso e direitos de igualdade não deve ser confiadas aos representantes eleitos, os quais têm a possibilidade de discriminar certas minorias, e sim a Poder Judiciário.

Contudo, a intervenção judicial não é justificada sob o argumento de proteção dos valores fundamentais da sociedade, porque quando se trata do respeito aos "valores do povo", os representantes deste tem maior capacidade para defini-los de forma correta.

A democracia procedimental apresenta como fundamento a defesa do procedimento democrático, uma vez que privilegia os direitos que garantem participação política e processos deliberativos justos, independentemente do resultado a ser alcançado. Ela aparece como uma resposta ao ativismo judicial, em que a Corte pode declarar a inconstitucionalidade das medidas legislativas quanto se manifestar acerca das políticas públicas. (MELLO, 2004).

Percebe-se, assim, que, ao adotar uma concepção procedimental de democracia, Ely está conferindo primazia à democracia como forma de representação popular. Neste contexto, o papel da jurisdição constitucional

estaria limitado a assegurar a efetividade do processo deliberativo, pressuposto indispensável à democracia.

Nos itens a seguir, será analisado papel que o Poder Judiciário poderia exercer, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a partir da perspectiva de Ronald Dworkin e John Hart Ely.

4 Entrega da última palavra ao Poder Judiciário na concepção de Dworkin

Dworkin desenvolveu uma concepção de Estado de Direito baseada em direitos, modelo que pressupõe a existência de direitos e deveres morais não declarados pelo direito positivo e que devem ser revelados e impostos pelos tribunais. Estes direitos são expressos por meio de princípios e teriam duas funções: (a) substrato para encontrar a resposta correta; (b) ferramenta que serve de barreira contra a discricionariedade.

Diferentemente do posicionamento de Dworkin, a tese positivo-hartiana da discricionariedade apresenta um modelo de Estado de Direito baseado no texto da lei. Nesta perspectiva, o juiz, ao decidir determinado caso, deve descobrir o que está realmente no texto jurídico. A decisão discricionária se efetiva quando não for possível fazer valer uma decisão política previamente estabelecida em uma regra jurídica. (DWORKIN, 2010).

Para o autor, o direito não é apenas um conjunto de regras, mas também princípios. O pressuposto de que o indivíduo tem outros direitos além daqueles que são determinados de forma expressa nas regras explícitas, impõe ao juízo o dever de descobrir "quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos". (POLI, 2012, p. 54).

Como dito anteriormente, a concepção centrada no texto da lei admite, em algumas situações, a criação judicial de novos direitos. O modelo que é desenvolvido por Dworkin não aconselha uma divisão estanque de tarefas entre órgãos políticos e jurídicos. Além disso, afirma que os juízes precisam enfrentar ao menos um tipo de questão política.

A possibilidade de as decisões políticas serem construídas a partir de argumentos morais (princípios), encontra contraponto no critério da legitimidade, expressa na ideia de que "as decisões políticas devem ser tomadas por funcionários eleitos pela comunidade como um todo, que possam ser

substituídos periodicamente da mesma maneira". Este argumento democrático é rejeitado por Dworkin porque o debate sobre as decisões políticas, no âmbito do Poder Judiciário, deixa de considerar a distinção entre princípio e política,[6] da qual derivam dois tipos de argumentos que podem embasar as decisões políticas. (DWORKIN, 2010, p. 122).

Sustenta, ainda, que a democracia, do ponto de vista procedimental, é incompleta porque não poderia "prescrever os processos pelos quais se poderia saber se as condições que ela exige para os processos que de fato prescrever estão sendo atendidas". (DWORKIN, 2005, p. 52). Então, um regime verdadeiramente democrático é aquele que combina dois elementos, forma e conteúdo, ou seja, exige o atendimento das condições democráticas pela comunidade política.

Desta forma, os argumentos de política justificariam uma decisão política pelo fato de estabelecerem um objetivo coletivo de determina comunidade. Os argumentos de princípios, pôr sua vez, justificam uma decisão política quando demonstram que respeitam direito individual ou coletivo da comunidade.

Neste contexto, as decisões político-legislativas, diz Dworkin, "devem vem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração". (DWORKIN, 2010, p. 47).

O autor defende que questões sensíveis à escolha, definida como aquela cuja solução depende da distribuição de preferências dentro de uma determinada comunidade, como, por exemplo, a definição de um investimento na construção de um hospital, não podem sofrer interferência do Poder Judiciário.

Dito de outra forma, este não pode derrubar a decisão política porque ela é fruto da distribuição de preferências de uma determinada comunidade. A resposta correta para as questões de escolha sensíveis é aquela que a maioria considerar. As questões que são insensíveis à escolha, como, por exemplo, a descriminalização do aborto, a resposta correta não depende da distribuição de

[6] Dworkin (2002) chama de princípio aquele *standard* que deve ser observado em função de uma exigência de justiça, ou equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade. Por diretriz política, o autor se refere àquele tipo de *standard* que consiste no estabelecimento de um objetivo a ser alcançado.

preferências dentro da comunidade. Nesta situação, o aspecto quantitativo do processo cede espaço à qualidade das decisões políticas. (MACEDO JÚNIOR, 2013).

Dworkin (2010) utiliza esta distinção para afastar parcialmente uma conhecida questão epistemologia: que a maioria tem maior probabilidade de estar certa. No que toca a decisões políticas fundadas em preferências sensíveis, o argumento é correto.

Para entender o papel do Poder Judiciário numa democracia constitucional, o autor pede que imaginemos a seguinte situação: (i) o legislativo aprova uma lei que considera crime a queima da bandeira em sinal de protesto; (ii) é arguida a inconstitucionalidade da lei na suprema Corte, sob o argumento de que o direito à manifestação foi restringido; (iii) o tribunal aceita a acusação e diz que a lei é inconstitucional. (DWORKIN, 2010).

A pergunta que decorre deste exemplo é: Esta decisão da Corte seria legítima? Para os defensores da premissa majoritária não, porque a lei foi criada por um órgão coletivo democraticamente eleito. Diversamente, se a lei contrariar as condições democráticas previstas na Constituição, o fato de ela ter sido declarada inconstitucional asseguraria a democracia, portanto, não poderia ser considerada antidemocrática.

Quando o Poder Judiciário cumprir sua função de guardião dos direitos morais, estará assegurando as condições democráticas, conteúdo mínimo de justiça. O argumento da ausência de representatividade, neste caso, não mais se sustenta, diz Dworkin (2008, p. 52), porque a comunidade de princípios ser "a instância máxima da democracia comunitária". Os juízes são representantes do povo, entendido como aquele ente coletivo distinto, ou seja, ação coletiva do tipo comunitário.

Tanto a votação majoritária quanto a revisão judicial podem ser consideradas justas ou injustas, de acordo com o resultado originado destes procedimentos. Não interessa quem decide, mas como decide. Se as condições democráticas foram satisfeitas, a decisão tomada pelo Poder Judiciário, acerca das questões insensíveis à escolha, será legítima.

A possibilidade de erro é simétrica. Quando um tribunal toma uma decisão errada acerca das exigências das condições democráticas, a democracia fica prejudicada, mas não tão quanto a decisão de uma legislação majoritária, que toma uma decisão constitucional errada e que permanece em vigor.

Ao determinar que as decisões judiciais devem ser políticas, o autor pretende sustentar que os juízes precisam resolver seus casos "valendo-se de fundamentos políticos, de modo que a decisão seja não apenas a decisão que certos grupos políticos desejariam, mas também que seja tomada sobre o fundamento de que certos princípios de moralidade política são corretos". (DWORKIN, 2002, p. 85).

Diversamente do juiz aplicador de regras, que, nos caos difíceis, busca a neutralidade no ato de interpretação do texto, o juiz, que se abre para a argumentação política, ou seja, que decide com base em fundamento de moralidade política, exerce a função de guardião dos princípios. A este tipo de juiz, que não se subordina exclusivamente às normas postas pelo legislador costuma-se sua legitimidade, porque ele mesmo estaria legislando. (MENDES, 2008).

Em síntese, a proteção dos direitos por via jurisdicional fortaleceria o próprio processo democrático. Primeiro, porque o princípio da igual consideração e respeito, fundamento básico de uma democracia constitucional, é melhor respeitado pelos tribunais, que podem controlar os atos dos outros poderes, diferentemente dos Poderes Executivos e Legislativos com soberania total, sem nenhum tipo de limitação.

O segundo motivo é que a Constituição deve proteger os direitos individuais e também os direitos dos grupos minoritários contra as decisões da maioria, mesmo que esta maioria esteja convencida de que sua decisão estará promovendo o bem-estar geral.

A legitimidade do controle judicial de constitucionalidade está condicionada à apresentação da resposta correta. Para tanto, o juiz busca dar coerência ao conjunto do ordenamento jurídico, integrando o texto constitucional, a legislação infraconstitucional e as decisões judiciais anteriores, para chegar a esta resposta, ou seja, decide com integridade.

As convicções morais e políticas dos juízes estão presentes no ato de interpretação e servem de parâmetro para que a coerência entre as decisões presentes e futuras com as decisões passadas sejam mantidas.

Além de acreditar que é sempre possível uma resposta certa para os conflitos que são resolvidos pelos tribunais, Dworkin acredita que a democracia "possa ter uma melhor resposta, ou uma resposta capaz de fazer frente aos

dilemas que as modernas democracias apresentam e esta resposta seria a política enquanto integridade". (KOZICKI, 2010).

O controle judicial sobre os atos do Poder Legislativo não é um modelo perfeito, mas um instrumento viável, uma vez que visa a estabelecer um controle judicial acerca daquilo que o Poder Legislativo decide de forma majoritária, assegurando que os direitos individuais sejam respeitados.

A combinação de legisladores majoritários, a revisão judicial e a nomeação de juízes constitucionais pelo Executivo mostram-se um arranjo institucional valioso, para redizer a injustiça e a desigualdade. Assim, para Dworkin, o modelo de controle judicial explanado é pressuposto para a democracia.

A proteção dos direitos das minorias frente à ditadura da maioria também é objeto de proteção por parte do Poder Judiciário em Dworkin, só que a partir do viés da democracia substancial. O autor reconhece a superioridade dos direitos fundamentais na Constituição e também a legitimação da atuação do Poder Judiciário na defesa destes direitos. Tal fato revela um viés substancialista adotado pelo autor, uma vez que os direitos fundamentais podem prevalecer em relação às leis e à vontade majoritária, que tenha intenção de restringi-los.

Feita esta breve abordagem acerca do papel do Poder Judiciário na visão de Dworkin, o próximo item será dedicado ao papel que o Poder Judiciário poderia legitimamente exercer, segundo o posicionamento de Ely.

5 A atuação do Poder Judiciário restrito à correção de falhas no processo de representação na perspectiva de Ely

Na visão de Ely, a teoria de controle judicial de constitucionalidade deve ser analisada a partir da premissa majoritária; portanto, ao invés de abandoná-la, procura aperfeiçoá-la. Neste sentido, o intervencionismo que é permitido é aquele que trata de questões relacionadas ao processo político, ou seja, o conteúdo substantivo das decisões legislativas questionadas não pode sofrer intervenção.

Dito de outra forma, o ativismo proposto é aquele que intervém quando o mercado político está funcionado mal de modo sistêmico. Este mau-funcionamento pode ser identificado em duas situações: (i) quando os incluídos estão obstruindo os canais de mudança política, para manter essa condição ou

assegurar que os excluídos permaneçam onde estão; (ii) quando os representantes ligados à maioria negam à minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos. (ELY, 2010).

O autor não nega que a participação possa ser considerada um valor em si mesmo, porém, isto não impede que haja uma mescla do controle judicial de constitucionalidade. A imposição de valores refere-se ao fato de, em função da importância atribuída a certos bens ou direitos, estes não estariam sujeitos às restrições passíveis de serem impostas pelo processo político.

Já a orientação participativa permite uma forma de controle judicial de constitucionalidade, que se preocupa "com o modo através do qual são feitas as decisões que efetuam na prática as escolha de valores e a distribuição dos custos e benefícios resultantes". (ELY, 2010, p. 99).

O modelo de controle judicial de constitucionalidade está assentado em três premissas: (i) a escolha de valores substantivos está a cargo do processo político; (ii) a Constituição está voltada para a realização da justiça procedimental na resolução de conflitos individuais; (iii) garantia de participação nos processos e na distribuição de governo. (ELY, 2010).

Sustenta, ainda, que o controle judicial de constitucionalidade, que visa a promover a participação, diversamente da proposta que busca proteger valores, é plenamente compatível com a democracia representativa. O terceiro argumento estabelece que um controle judicial de controle de constitucionalidade, direcionado para o fortalecimento da representação exige do Poder Judiciário uma atuação para a qual estão melhor qualificados do que as autoridades politicamente eleitas, a saber, controlar as regras do jogo político.

Isto porque os juízes eleitos estão à margem do sistema governamental e somente indiretamente se preocupam com a permanência no cargo. Estas duas condições permitem que o Poder Judiciário possa "avaliar qualquer reclamação no sentido de que, quer por bloquear os canais de mudança, quer por atuar como cumplicies de uma tirania da maioria, nossos representantes eleitos na verdade não estão representando os interesses daqueles que, pelas normas do sistema deveriam ser". (ELY, 2010, p. 137).

O controle de constitucionalidade proposto por Ely é justificado não em função de uma crença na competência especial dos juízes, mas sim porque não

são eleitos, o que significa que institucionalmente são partes desinteressadas em litígios processuais entre os eleitos e os eleitores.

Como se extrai do exposto anteriormente, Ely procura elaborar uma teoria de meio-termo, com a finalidade "de fazer emergir o melhor dos dois mundos". (ELY, 2010, p. 87). Entretanto, em função da sua preocupação com a legitimidade decorrente dos procedimentos de manifestação política e também sua compreensão de política como agregação de interesses privados, faz com que seu modelo de controle de constitucionalidade seja criticado por ambos os lados. (ZURN, 2002).

A primeira objeção proposta pela teoria constitucional substancialista refere-se ao fato de que Ely reduz a atuação judicial à correção de falhas no processo de interpretação, além disso, é "praticamente impossível sustentar que o processo legislativo é um valor maior do que o conteúdo das leis". (PERRY, s./d., p. 274).

Em razão do respeito pelo processo democrático, a Corte não deve interferir nos juízos de valor do Legislativo. Este é um modelo de controle judicial constitucionalidade procedimental, que tem como objetivo a manutenção do bom funcionamento do sistema democrático representativo. Ao Poder Judiciário, árbitro do processo de representação, seria confiada a tarefa de desbloquear canais de mudança da política, assim como facilitar a representação da minoria, evitando a discriminação.

A crítica apontada pela teoria democrática é que essa concepção pluralista de democracia não está totalmente dissociada de uma concepção elitista. É uma variação da tradição elitista pelo fato de introduzir, no lugar de pessoas individualmente consideradas, grupos ou facções como os principais atores políticos.

O argumento sustentado por Ely, de que o papel do Poder Judiciário seria o de controlar os procedimentos democráticos "poderia ser persuasivo se a democracia fosse um conceito político preciso e inexistisse acordo sobre o caráter democrático de qualquer procedimento". (SUSTEIN, 2009, p. 58).

Dworkin (2005) diz que a estratégia utilizada para reconciliar a revisão judicial com a democracia é demonstrar que esta não requer que a Corte substitua os julgamentos legislativo-substantivos por novos julgamentos. Entretanto, enquanto a proposta da teoria democrática vale-se da intenção

legislativa para que o Tribunal atinja certo grau de controle constitucional, a proposta de Ely sustenta que o Tribunal pode abster-se de infringir a democracia controlando os processos deste.

Segundo Dworkin (1997, p. 75), ambas as propostas “se auto-anulam porque incorporam os julgamentos substantativos que dizem que devem ser deixados ao povo”. Além disso, a maioria dos textos constitucionais modernos especifica valores substantivos, não se restringindo à enumeração de procedimentos. Ou seja, a ideia de democracia, como indica Sunstein, não é apenas processual, mas depende de crenças substantivas. (SUSTEIN, 2009).

Paradoxalmente, a abordagem de valor que Ely procura evitar, isto é, a imposição de valores pelos tribunais, não o possibilita levar adiante sua proposta de fusão entre forma e conteúdo. Ely recorreu a um argumento meramente processual e a uma alegação de neutralidade que se mostraram insuficientes para rebater o argumento de que o controle judicial de constitucionalidade deve ter como base razões substantivas.

Por fim, Ely reafirma a relação direta entre a autocontenção judicial e a democracia, sendo que é o Estado, através dos juízes, naqueles casos em que o sistema não esteja funcionando de forma correta, que irá determinar de que maneira a sociedade será regulada, no sentido de imposição de limite à vontade das maiorias.

A crítica a um modelo procediementalista pode ser procedente, no que se refere à proteção dos direitos e garantias individuais fundamentais, no qual o intérprete deve buscá-lo de forma direta na Constituição, e não na sociedade. Se considerarmos o caráter normativo e principiológico da Constituição, a devolução para a sociedade da função conferida aos juízes significaria romper com a democracia.

O controle judicial sobre os atos do Poder Legislativo não é um modelo perfeito, mas um instrumento viável, no contexto da sociedade americana. Ele não é um instrumento antidemocrático, uma vez que visa a estabelecer um controle judicial acerca daquilo que o Poder Legislativo decide de forma majoritária, assegurando que os direitos individuais sejam respeitados. (DWORKIN, 1997).

Assim, o modelo de controle judicial de constitucionalidade proposto por Dworkin é mais adequado para a garantia da democracia do que o proposto por

Ely, especialmente, no que se refere à limitação da atuação do Judiciário, na correção das falhas dos mecanismos de participação.

Apesar da perspectiva excessivamente formal da teoria proposta por Ely, duas observações precisam ser feitas. A primeira delas, é que o autor não prescinde de uma orientação por princípios, ainda que procedimental. Já a segunda observação diz respeito ao fato de que o autor oferece uma proposta coerente de interpretação do texto constitucional, ao mostrar que o fundamento da sua abordagem procedimental é a autoridade da Constituição americana.

Demonstra, ainda, que a ênfase de sua teoria é com as questões de processo, ou seja, aquelas relacionadas com os direitos de acesso e de igualdade, e não com a imposição de valores ou princípios fundamentais consagradas em uma determinada comunidade.

Como os canais da mudança política devem ser assegurados, o autor admite que alguns dos direitos que não estão expressamente previstos na Constituição devem receber proteção constitucional.

Entretanto, Ely deixa claro o seu entendimento de que a Corte não pode assumir uma postura de usurpação da função legislativa, pois isto significaria a imposição de valores considerados fundamentais, e que devem estar a cargo do Poder Legislativo.

O mérito do autor está materializado na preocupação com uma interpretação constitucional que visa a garantir a todos os cidadãos os direitos de participação política e de igualdade. Em Ely, a legitimação do Judiciário se desloca do conteúdo da decisão para o processo de deliberação, o que pressupõe deste uma postura com maior participação.

Conclusão

O presente artigo teve como objetivo verificar qual papel deve ser conferido aos juízes, no contexto democrático. Para tanto, optou-se pela análise desta temática a partir de dois filósofos e teóricos do final do século XX e início do século XXI, Ronald Dworkin e John Hart Ely.

As principais teorias defendidas por Dworkin são a tese de direitos construída a partir da existência de padrões (*standards*) que funcionam como

princípios, que têm a finalidade de garantir os direitos individuais e políticos, que visam à proteção de um objetivo da coletividade.

No que se refere à tomada de decisão pelos representantes eleitos pelo povo, o autor não rejeita totalmente a premissa majoritária, mas entende que nem sempre ela está ajustada aos princípios e valores justos. Em função disto, é preciso que as instituições majoritárias garantam as condições democráticas de igualdade de *status* para todos os membros da comunidade.

Dworkin argumenta que os direitos fundamentais têm caráter axiológico, o que nos leva a argumentar constitucional e moralmente. Neste caso, a premissa majoritária não é suficiente para justificação de uma decisão política. É preciso uma interpretação moral, realizada pela a Corte Constitucional, por meio de uma argumentação de princípios produzidas nas suas decisões. Essa interpretação moral do texto constitucional deve ser realizada pelos juízes, pelo fato de estes decidirem com base em argumentos de princípios; neste sentido, a invalidação de uma lei pelo Poder Judiciário não viola a democracia, mas a protege.

Ao praticar a revisão judicial, a Corte deve enfrentar as questões políticas substantivas, com a finalidade de conferir a elas uma resposta correta, ou seja, a Corte deve estar preparada tanto para formular questões de moralidade política quanto para atribuir-lhe uma resposta. Outro argumento utilizado é que a atuação do Judiciário dará proteção da minoria contra a maioria, um órgão imparcial, com preparo técnico e distante de causas políticas.

Diferentemente da teoria substancial exposta até aqui, Ely entende que o papel do Judiciário está legitimado no processo de tomada de decisão assim como nas condições de participação da sociedade neste processo. Este entendimento reflete uma concepção procedimental de democracia atrelando sua eficácia aos mecanismos que o tornem efetivos.

Desta forma, a teoria procedimentalista enfatiza as condições do processo de deliberativo que expressa a vontade dos cidadãos e sua influência no processo de tomada de decisão, ou seja, há uma tentativa de aproximação da sociedade com os procedimentos de deliberação.

Os valores substantivos de uma determinada sociedade devem ser escolhidos pelos poderes representativos do povo, quais sejam, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, ou seja, por meio de deliberação democrática. Ao Poder Judiciário é atribuída a tarefa de garantidor do exercício da

democracia, ou seja, garantidor dos direitos fundamentais de participação política e de acesso ao discurso político.

Desta forma, a deliberação sobre os valores de uma sociedade por juízes, que não são eleitos, representaria uma violação ao princípio democrático. A legitimidade que o Judiciário tem para restringir a vontade da maioria é restrita à proteção do procedimento democrático, isto é, não lhe é atribuído o papel de legislador negativo ou positivo.

Para Ely, o sistema dos direitos deve ser tutelado pelos órgãos de representação democrática, por meio dos processos de deliberação, e não pelo Judiciário que não tem origem e controle popular. O *judicial review* tem a finalidade de garantir o processo democrático.

Entretanto, a concepção procedimental de democracia, ao admitir que o Judiciário tem o papel de garantidor do processo democrático, não consegue descartar a possibilidade de que esta jurisdição envolva o julgamento de valores substantivos. Além disso, ao defender que a lei vai ser legitimada por um processo democrático legítimo e justo, a teoria procedimentalista admite a necessidade de observância de algumas condições substantivas, como igualdade, liberdade e dignidade dos cidadãos.

A teoria da revisão judicial de Ely está pautada na ideia de que a revisão judicial deve levar em consideração o processo da legislação, e não o resultado deste de forma isolada. Neste sentido, a revisão que estiver baseada no processo estará compatível com a democracia, o que não ocorre quando a revisão for baseada na substância, conforme defende Dworkin.

O referido autor afirma que a atuação do Judiciário, como guardião dos valores morais da Constituição, é compatível com uma concepção de democracia constitucional. Para Dworkin, se quisermos que a proteção dos direitos pela Corte fortaleça o processo democrático e o princípio da igual consideração e respeito, esta não pode estar preocupada com o processo como algo distinto da substância.

Por fim, o ponto de divergência, entre os dois autores abordados neste artigo, reside no fato de Dworkin defender a atuação do Judiciário como guardião dos valores morais, com base numa concepção constitucional de democracia; Ely entende que a Corte erra ao utilizar o valor substantivo para justificar a revogação de uma decisão legislativa.

Ely, ao defender um modelo de democracia procedimental à atuação do Poder Judiciário à utilização de critérios objetivos para a regulação do processo democrático. Em contrapartida, o modelo de controle de constitucionalidade substantivo, proposro por Dworkin, entende que os atos políticos decisórios do legislativo podem ser revistos pelo Poder Judiciário,pois estes estão comprometidos com a efetivação dos princípios da igualdade, da dignidade humana, e a proteção dos direitos individuais e coletivos.

A doutrina jurídica da revisão judicial está centrada no processo em Ely, já em Dworkin está baseada no resultado (poderia desenvolver melhor esta parte da conclusão). Entretanto, ambos buscam compatibilizar a atuação do Judiciário na defesa de direitos com a democracia.

Referências

CABALLERO, C.; CADEMARTORI, L. H. U.; ALMEIDA, D. S. Elementos para uma crítica à concepção de análise conceitual de Ronald Dworkin em Justice for Hedgehogs. *Novos Estudos Jurídicos* (*online*), v. 19, p. 157-180, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1993.

CHUEIRI, Vera Karam de. *A dimensão jurídico-ética da razão*: o liberalismo jurídico de Dworkin. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFSC, Florianópolis, 2002.

DAHL, Robert**.** *Sobre democracia*. Brasília: Ed. da UnB, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously***.** Cambridge: Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronaldl. Juízes políticos e democracia. *O Estado de S. Paulo*, Espaço Aberto, 26 de abril de 1997.

DWORKIN, Ronald. Equality, democracy, and Constitution: we the peopleis Court. *Alberta Law Review*, v.28, n. 2, 1997.

DWORKIN, Ronald. *A badly flawed election*. New York: New Press, 2002.

DWORKIN, Ronaldo. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronaldo. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança***:** uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FREIRE, Antônio Manuel Peña. Constitucionalismo garantista y democracia. *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, p. 31-65, jul./dez.

GARGARELLA, Roberto. La revision judicial y la difícil relacion democracia-derechos. In: _____. *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidade*: investigacion colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1991.

HENNIG LEAL, Mônica Clarissa. *Jurisdição constitucional aberta*: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

KOZICKI, Katya. *Conflito X estabilização*: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades democráticas. 2000. Tese (Doutorado) – UFSC, Florianópolis, 2000.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto de. *Do xadrez à cortesia*. Dworkin e a teoria do Direito contemporânea. Saraiva: São Paulo, 2013.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Conrado Hubner**.** *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil- O Estado Democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fntes, 2008.

PERRY, Michael. The abortion funding cases: a comente on the Supreme Court's Role in American government. *The Georgetown law jornal*, v. 66, n. 5.

POLI, Vinicius Jose. *Controle de constitucionalidade*: das teorias da entrega da última palavra às teorias do diálogo. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – São Paulo, 2012.

SUSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

RINDADE, André*. O dia que o romance em cadeia virou cadeia em romance*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-17/diario-classe-dia-romance-cadeia-virou-cadeia-romance>. Acesso em: 14 jul. 2106.

ZURN, Christopher F. Deliberative democracy and Constitutional review. *Law and Philosophy*, v. 21, 2002.

WALLACE, J.Clifford. *An inquiry into the limits of the Constitution*. Michigan: Hillsdade College Press, 1987.

WALL, Nicole. Review. *Democracy and distrust by John Hart Ely*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

Disponível em: Personal web.syr.edu Home Pages. Syracuse University. Computing and Media Services (CMS). Acesso em: 17 jul. 2016.

WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional interpretation*: textual meaning, original intent and judicial review. Kansas: University Press of Kansas, 1999.

19
Concepções de filosofia do direito[#]

Wilson Steinmetz[*]

Introdução

Este é um texto *sobre* filosofia do direito. Não há a pretensão de dizer o que *é* nem o que *deve ser* a filosofia do direito. O objetivo é apresentar, descritivamente, alguns modos de conceber a filosofia do direito: temas, método, função, etc. Optou-se por quatro autores, que, embora tenham pontos em comum, têm concepções distintas da filosofia jurídica: Norberto Bobbio, Manuel Atienza, Theodor Viehweg e Franz von Kutschera. Esses quatro enfoques, com suas diferenças e semelhanças, não esgotam os modos pelos quais a filosofia jurídica foi e é definida ou concebida. Até porque, como disse Moulines (1991, p. 24), "isto é o que realmente *é* a filosofia: um caixão[1] que contém toda classe de teses, sistemas, argumentos, concepções do mundo, métodos, resultados, trabalhos, fracassos" e "[...] tanto desde o ponto de vista dos conteúdos como dos argumentos, na filosofia podemos encontrar todo tipo de coisas, e o mais provavelmente é que isso seguirá sendo assim". (p. 26).

Na primeira parte, expõe-se a concepção de filosofia do direito como método, defendida por Bobbio, na linha da filosofia analítica; na segunda, a ideia de filosofia do direito como reflexão metajurídica, como uma teoria dos saberes jurídicos, enunciada por Atienza; na terceira, a filosofia do direito como investigação básica proposta por Viehweg; na quarta, a filosofia do direito como parte da filosofia prática, na proposição de Kutschera.

Por fim, problematiza-se a relação entre filosofia do direito e teoria do direito. São coisas idênticas com nomes diferentes? Uma é parte da outra? Ou são disciplinas autônomas?

[#] A versão original foi apresentada em formato de *paper* na disciplina de Filosofia do Direito cursada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Para a publicação neste livro, fez-se uma revisão de estilo e de linguagem. Mantém-se a estrutura e o conteúdo da versão original com modificações pontuais.

[*] Doutor em Direito (UFPR). Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Caxias do Sul e Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade do Oeste de Santa Catarina. *E-mail*: wilson.steinmetz@gmail.com

[1] No original, *cajón de sastre* (conjunto de coisas diversas e desordenadas).

1 A filosofia do direito como método

A expressão *filosofia do direito* aparece pela primeira vez em fins do século XVIII. Já no início do século XIX, seu uso é generalizado. Quem a utilizou foi Gustav Hugo (1764-1844), em 1798 (*Rechtsphilosophie*), como abreviatura de "filosofia do direito positivo" (*Philosophie des positiven Rechts)*. A nova expressão substitui uma outra: "direito natural". (VIEHWEG, 1991a, p. 86). Para Bobbio (1977, p. 37), o grande sucesso da expressão se deve a *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), de Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Também contribuíram para o sucesso da disciplina *Philosophie du droit* (1831), de Jean Louis Eugène Lerminier; *The Province of jurisprudence Determined* (1832) – cujo subtítulo era *A Philosophy of Positive Law* – de John Austin e, na Itália, os dois volumes de *Filosofia del diritto* – respectivamente, de 1841 e 1845 – de Antonio Rosmini. Assim, ainda segundo Bobbio, a primeira metade do século XIX foi decisiva para o sucesso da disciplina.

A exemplo de Imannuel Kant na filosofia, Gustav Hugo, no conhecimento do direito, identificava três problemas fundamentais: *Que é o direito? É razoável que seja assim? Como chegou a ser direito?* Da primeira pergunta trataria a dogmática jurídica; da segunda, a filosofia do direito e da terceira, a história do direito. (VIEHWEG, 1991, p. 86-88).

A expressão *filosofia do direito* tem apenas dois séculos. Contudo, já se fazia filosofia do direito antes do século XIX. Para não retroceder aos gregos,[2] pense-se nos primeiros autores da modernidade, como Hugo Grocio, Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, John Locke e outros. Como frisou Bobbio (1977, p. 38-39), os tratados de direito natural de 1600 e 1700 são o precedente histórico da filosofia do direito do século XIX. São tratados, ao mesmo tempo, de filosofia do direito e filosofia política.

Não obstante já secular, a atividade do filósofo do direito, em regra, é vista por parte da comunidade dos juristas com suspeição. Segundo Calsamiglia (1990, p. 11), "por uma parte, os juristas teóricos que se dedicam a disciplinas positivas têm considerado que a filosofia do direito não é mais que uma *cultura de adorno*. Por outra parte, os juristas práticos tampouco têm apreciado

[2] *A República,* de Platão, e *Ética a Nicômaco,* de Aristóteles, também podem ser consideradas obras de filosofia do direito.

especialmente a atividade dos filósofos do direito e se desinteressam pelas suas investigações". O que muitas vezes gera um certo mal-estar entre os filósofos do direito. Por isso, é corrente o debate em torno do que é a filosofia do direito, temas, método e função.

Para Bobbio (1977, p. 37-38), pretender definir filosofia do direito é um objetivo fadado ao fracasso. O jusfilósofo italiano opta por identificar as questões atinentes à filosofia do direito, agrupando-as do seguinte modo: a) propostas de reforma da sociedade segundo determinados fins, declarados ou não, como, por exemplo, a liberdade, a ordem, a justiça, o bem-estar, etc. e segundo algumas regras elevadas à condição de princípios supremos da conduta do ser humano em sociedade; b) análise e definição de noções gerais (direito, ordenamento jurídico, norma, obrigação, validade, eficácia, etc.), comuns a todos os ordenamentos jurídicos, permitindo uma delimitação do campo do direito em relação à moral, aos costumes; c) estudo do direito como fenômeno social, sua evolução, função, relações com a sociedade; d) estudos sobre a ciência jurídica. O primeiro grupo diz respeito à filosofia política; o segundo, à teoria geral do direito; o terceiro, à sociologia jurídica; o quarto, à metodologia jurídica. Os três últimos grupos dizem respeito à filosofia do direito, em sentido estrito. O primeiro seria competência da filosofia política, embora pudesse ser considerado filosofia do direito em sentido amplo.

Não obstante essa multiplicidade de questões, a ideia de filosofia do direito ser uma disciplina unitária continua a sobreviver. Isso se deve à concepção da filosofia do direito como filosofia aplicada. Aqui, em uma citação mais longa justifica-se:

> Segundo este modo de entender a filosofia do direito, existe uma filosofia geral, ou, para ser mais preciso, existem várias orientações ou correntes de filosofia do direito, que são caracterizadas geralmente a partir das soluções dadas aos considerados máximos problemas (gnoseologia, ontologia, ética etc.): o trabalho do filósofo do direito consiste, abraçado esta ou aquela orientação, em trazer inspiração e direção, ou diretamente princípios já bem estabelecidos, noções e terminologia para dar uma solução unitária, orientada, sistemática aos vários problemas gerais do direito e da justiça. O filósofo do direito transforma-se, desse modo, em um companheiro menor do filósofo [...] A filosofia do direito como *ancilla philosophiae.* Este modo de entender a filosofia do direito tem se apresentado no último século como filosofia do direito positivista e idealista, neokantiana, neofichtiana, neo-hegeliana, neotomista, fenomenológica e por último existencialista". (BOBBIO, 1977, p. 40).

Bobbio (1977, p. 40) identifica um grave inconveniente nessa concepção: a transposição extrínseca, forçada, de soluções do campo da filosofia para o direito, “[...] com a consequência de que os problemas gerais do direito não são estudados partindo do interior da experiência jurídica mesma, mas das soluções dadas a problemas ainda mais gerais e todavia diversos”. A filosofia do direito como filosofia aplicada é uma filosofia construída desde cima, sem base na experiência jurídica. Bobbio cita como exemplos desse tipo de filosofia *Lineamenti di filosofia del diritto,* de Giovanni Gentile (1916), e a *Grundlegung zur rechtsphilosophie,* de Julius Binder (1935).

Contudo Bobbio (1977, p. 41) também identifica uma vantagem dessa concepção de filosofia do direito. A vantagem de uma sistematização já reconhecida e de “[...] uma periodização já experimentada em sede mais vasta, que previne das surpresas, evita o esforço de instituir novos reagrupamentos”.

Na teoria jurídica contemporânea, predominou a convicção de que a filosofia do direito é filosofia aplicada, apenas uma parte da filosofia geral, que a solução dos problemas gerais do direito está nas obras dos filósofos e não na experiência jurídica. No entanto, Bobbio questiona essa dependência da filosofia do direito à filosofia geral. Tendo presente a teoria do direito contemporâneo, haveria uma classificação mais útil: jusnaturalismo, positivismo e realismo jurídico no campo da teoria geral; objetivismo e subjetivismo referentemente ao problema da justiça; e formalismo e sociologismo quanto ao problema da ciência jurídica. São distinções que não coincidem com a concepção da filosofia do direito como filosofia aplicada, à luz da qual se falaria em neokantismo, neo-hegelianismo, fenomenologia, existencialismo, neopositivismo, etc.

Assim, Bobbio chega a sua já clássica distinção: há a filosofia do direito dos filósofos e a filosofia do direito dos juristas. Seria um critério útil para classificar as obras de filosofia do direito. A ideia de filosofia do direito aplicada seria dos filósofos juristas, com seus “ismos”. A maior contribuição à filosofia do direito, segundo Bobbio, teria sido dada pelas obras de juristas com interesses filosóficos. Cita como exemplos: *Der Zweck im Recht* (1877), de Rudolf von Ihering; *Science et technique en droit privé positif* (1915), de François Gény; *Die juristische Logik* (1918), de Eugen Ehrlich; *Reine Rechtslehre* (1934 e 1960), de Hans Kelsen; *The definition of law* (1958), de Hermann Kantorowicz; *On law and*

justice (1959), de Alf Ross; *The concept of law* (1961), de Herbert Lionel Adolphus Hart.

Guastini (s. d. p. 282), aceitando a distinção de Bobbio, qualifica-a como "[...] dois modos radicalmente diferentes de conceber a filosofia do direito e dois estilos assaz diversos de praticá-la": o estilo dos filósofos e o estilo dos juristas. A filosofia do direito dos filósofos é uma concepção do mundo (*weltanschauung)* aplicada ao direito. O filósofo adotaria uma determinada concepção, com seus pressupostos, conceitos e premissas pré-constituídos, tentando responder de modo sistemático aos problemas do direito e/ou da justiça. A filosofia do direito dos juristas é, na verdade, uma teoria geral do direito (*legal theory, general jurisprudence, allgemeine Rechtslehre, téorie générale du droit)*. O jurista-filósofo não parte de uma prévia concepção de mundo, mas dos problemas conceituais específicos do direito. (GUASTINI, s. d., p. 282-283).

Os juristas-filósofos, para Bobbio (1977, p. 43-45), apresentam uma grande vantagem sobre os filósofos-juristas: a prevalência da análise sobre a síntese. Trata-se do denominado *estilo analítico*. Os filósofos-juristas fazem sínteses sem análises. É preferível uma análise sem síntese do que uma síntese sem análise. Bobbio aponta algumas das razões de sua preferência pelos juristas-filósofos: a) a consciência da complexidade do fenômeno jurídico; b) a constatação de que as noções fundamentais para o estudo do direito são genéricas e devem ser decompostas, submetidas ao labor analítico; c) a reação contra o reducionismo que se manifesta em teses como "o direito é a vontade do soberano", "o direito é instituição", "o direito é comando"; d) a consciência da falibilidade da razão humana e a provisoriedade das grandes sínteses.

Bobbio se considera um jurista-filósofo e concebe a filosofia do direito dividida em três partes: a) teoria do direito, cujo problema fundamental é a determinação do conceito de direito, entendendo direito como ordenamento jurídico; assim, a teoria do direito seria uma teoria do ordenamento jurídico (conceito e tipos de norma, teoria das fontes do direito, validade e norma fundamental, completude e coerência do ordenamento jurídico); b) teoria da justiça, entendida como estudo material do direito (a teoria do direito seria o estudo formal do direito); c) teoria da ciência jurídica, como "[...] o estudo dos procedimentos intelectuais, empregados pelos juristas, para acertar, interpretar,

integrar, conciliar, entre si, as regras de um sistema jurídico". (BOBBIO, 1977, p. 48).

A filosofia do direito, nessa tripartição, é útil ao jurista. A teoria do direito elabora os conceitos gerais para a compreensão do fenômeno jurídico. A teoria da justiça atenta para os valores que inspiram as normas jurídicas. A teoria da ciência oportuniza ao jurista dar-se conta dos métodos empregados no próprio trabalho, da natureza e eficácia dos argumentos utilizados, possibilitando o aperfeiçoamento e refinamento da jurisprudência. (BOBBIO, 1977, p. 49-50).

Bobbio pratica uma filosofia do direito de inspiração analítica. Nessa concepção, "a filosofia não é uma 'teoria' de qualquer coisa, mas simplesmente um método. E este método é a análise lógica da linguagem". (GUASTINI, s. d., p. 284). Isso lembra o primeiro Wittgenstein, o do *Tratactus,* que concebia a filosofia como crítica da linguagem, como clarificação lógica dos pensamentos, a filosofia como atividade e não como doutrina.

Guastini (s. d., p. 286-288), que também se filia ao estilo analítico, identifica os instrumentos próprios da análise lógica da linguagem. Em primeiro lugar, a análise da linguagem consiste na análise do significado das palavras e dos enunciados, através de: (*a*) do registro dos usos lingüísticos; (*b*) da revelação da ambiguidade e indeterminação sintática, semântica e pragmática; (*c*) do desvelamento de conotações de valor presentes no discurso; (*d*) da definição sistemática dos termos introduzidos no discurso. Em segundo lugar, a análise da linguagem tem de distinguir as questões empíricas das questões conceituais. Em terceiro, distinguir entre questões de fato e questões de valor, entre discurso descritivo e discurso prescritivo.

Guastini cita Alf Ross como exemplo de filósofo analítico do direito. Para Ross, em *On law and justice,* antes de se falar em filosofia do direito como campo de pesquisa sistematicamente delimitado, há que se falar em problemas de filosofia do direito, que se apresentam à análise filosófica.

2 A filosofia do direito como reflexão metajurídica

Atienza (1985, p. 365) considera a filosofia do direito "um saber de segundo grau", isto é, uma "reflexão metajurídica sobre as práticas jurídicas e os distintos saberes científicos e técnicos que têm por objeto o Direito". A filosofia

do direito pressupõe os demais saberes que pretendem dar conta do fenômeno jurídico. Essa definição sobre a competência da filosofia do direito é insuficiente, o que é reconhecido pelo próprio Atienza. É perfeitamente possível separar a filosofia do direito da dogmática jurídica. Porém, nem sempre é nítida a separação entre a filosofia do direito e a teoria (geral) do direito, entre a filosofia do direito e a lógica jurídica, e até mesmo entre filosofia do direito e sociologia jurídica.

Assim, Atienza (1985) delimita com mais precisão o que entende por filosofia do direito e suas principais funções. Essa questão, segundo ele, comporta três enfoques distintos. O primeiro tem a filosofia do direito como uma filosofia aplicada. No século XX, as diversas correntes filosóficas do direito (neokantiana, neo-hegeliana, fenomenológica, marxista, etc.) têm um ponto em comum: “[...] conceber a filosofia do direito como uma atividade teorética (ou teorético-prática) cultivada por filósofos que partem de uma concepção geral do mundo e com um instrumental metodológico que tratam de aplicar em um campo particular”. (ATIENZA, 1985, p. 365). Um segundo enfoque concebe a filosofia do Direito como uma reflexão de juristas, com interesses filosóficos, sobre problemas típicos do direito. Atienza identifica esse enfoque com a filosofia analítica, porque essa corrente caracteriza-se por ser um estilo filosófico (atitudes e pressupostos metodológicos) e não um sistema filosófico. Um dos pressupostos metodológicos dos analíticos é não atribuir à filosofia um caráter substantivo. Bobbio seria um típico representante desse segundo enfoque. Um terceiro enfoque “[...] concebe a filosofia (e a filosofia do direito) como um saber residual (Lévi-Strauss, Piaget), destinado a desaparecer à medida que o conhecimento científico vai ganhando terreno da especulação filosófica”. (ATIENZA, 1985, p. 366). Essa concepção seria partilhada por muitos juristas e operadores do Direito, que veem na filosofia do direito um conjunto de especulações que não contribuem para a solução de problemas específicos do Direito.

Não é difícil perceber que a distinção entre o primeiro e o segundo enfoque, feita por Atienza, tem origem no pensamento de Bobbio. No que diz respeito as duas primeiras concepções, Atienza concorda com os inconvenientes identificados pelo pensador italiano. A primeira conduz a uma filosofia do direito abstrata, privilegiando o sistema e os problemas dele decorrentes em

detrimento da experiência jurídica. Ou seja, o direito seria enquadrado em um sistema filosófico previamente concebido. O risco desse tipo de enfoque é o de tratar de problemas que não preocupam a comunidade dos juristas ou são por ela considerados irrelevantes. O segundo enfoque apresenta o inconveniente contrário: "Para poder delimitar uma série de problemas como jusfilosóficos é necessário partir de uma concepção da filosofia do Direito, de sua vinculação a uma filosofia geral e de uma série de critérios que permitam separar a boa da má filosofia", o que não se conseguiria com uma filosofia do direito construída desde a experiência jurídica. (Atienza, 1985, p. 376). Em outras palavras, a identificação e análise filosófica de problemas jurídicos só são possíveis com uma prévia concepção da filosofia, implícita ou explícita. Quanto ao terceiro enfoque identificado por Atienza, trata-se de um reducionismo cientificista. O século XX já provou que o desenvolvimento científico não ameaça a filosofia com a extinção. Assim como aqueles que anunciaram o "fim da história" e o "fim das ideologias", os da qual anunciaram a morte ou o fim da filosofia sobreviveram à própria tese. Há uma série de problemas em que a ciência não pode dar conta, a começar pelo problema de seus fundamentos – na medida que a ciência não é reflexiva -, passando por problemas referentes à ética e, no campo do direito, para exemplificar, ao da justiça.

A exemplo de Bobbio, Atienza propõe que, em que pese as diferentes aproximações sobre o que seja a filosofia do direito, agrupem-se seus temas fundamentais da seguinte forma: o conceito de direito, o problema do conhecimento do direito e a questão da justiça. Assim, a filosofia do direito compreenderia três campos: a teoria do direito, a teoria da ciência jurídica e a teoria da justiça. Ainda seria possível acrescentar um quarto campo: a história da filosofia do direito.

A teoria filosófica da justiça seria uma teoria prescritiva da justiça e uma metateoria da justiça. Teorias descritivas da justiça não seriam competência da filosofia do direito, mas da sociologia jurídica, da antropologia jurídica e da psicologia jurídica. A teoria da ciência jurídica trataria da pretensão de cientificidade da ciência jurídica, seus pressupostos, modos de validação, questões referentes ao método, etc. Para Atienza, ninguém põe em dúvida que a teoria da justiça e a teoria da ciência jurídica são campos da filosofia do direito.

Porém, não há consenso sobre a teoria do direito. Como distingui-la da teoria geral do direito?

A teoria do direito trataria do conceito de *direito*. Atienza propõe que se defina a teoria do direito como uma "ontologia jurídica". Não seria uma metafísica do direito, porque "[...] a ontologia jurídica seria a investigação relativa não ao ser último e constitutivo do Direito, senão aos modos mais gerais de entender o direito, isto é, aos *limites* do jurídico". (ATIENZA, 1985, p. 369). Então surge o seguinte problema: Como distinguir a teoria do direito, entendida como ontologia jurídica, da teoria geral do direito?

Atienza responde a essa pergunta afirmando que "a teoria geral do Direito é uma disciplina que estuda os conceitos gerais – ou formais – do Direito, e neste sentido se contrapõe às dogmáticas jurídicas que elaboram conceitos de um menor nível de abstração; porém se refere sempre a *questões internas*, no sentido de que não 'questionam' o marco dentro do qual operam. Pelo contrário, a ontologia ou teoria do Direito se ocuparia de *questões externas*, isto é, de questões que afetam e 'questionam' o próprio marco". (1985, p. 369). Assim, a teoria do direito trataria de questões como a relação entre direito e moral, direito e poder, direito e ideologia. A teoria geral do direito trataria de temas como o conceito e os tipos de normas jurídicas, a sanção, o lícito e o ilícito, modelos de validez, noção de sistema jurídico, direito subjetivo e direito objetivo, etc.

Demarcados de maneira mais específica os campos da filosofia do direito, Atienza propõe um critério que dê unidade a esse leque de questões jusfilosóficas: a distinção entre perspectiva filosófica e perspectiva científica. Enquanto a ciência pressupõe como dados ou estabelecidos certos conceitos ou marcos conceituais, a filosofia põe em questão os conceitos ou referenciais teóricos. Enquanto a ciência estuda uma parte da realidade, faz um recorte do mundo (social ou natural), a filosofia orienta-se desde uma perspectiva totalizadora. "A filosofia poderia definir-se como 'totalização racional e crítica' (Bueno), e a filosofia do Direito como 'totalização racional e crítica do fenômeno jurídico'". (ATIENZA, 1985, p. 371). A filosofia do direito trataria de ideias, de pressupostos, de implicações conceituais que perpassariam os diversos campos do saber jurídico, mas que não se deixariam reduzir a categorias científicas. A filosofia do direito não seria uma "filosofia aplicada ao direito" (desde cima) nem

uma filosofia que partisse apenas da experiência jurídica (desde baixo): "[...] a função essencial dos filósofos do Direito teria que ser de atuar como 'intermediários' entre os saberes e práticas jurídicas, por um lado, e o resto das práticas e saberes sociais – incluída a filosofia -, por outro". (ATIENZA, 1985, p. 371).

Portanto, a filosofia do direito seria uma reflexão metajurídica ou uma teoria dos saberes jurídicos, um saber de segundo nível. Cabe a ela uma função crítica, porque põe em questão os outros saberes sobre o direito, sua legitimidade teórico-científica. Mas também cabe a ela uma função interdisciplinar, porque, ao mostrar os limites e insuficiências de cada saber jurídico, chama a atenção para a necessidade da criação de "vasos comunicantes" entre eles.

3 A filosofia do direito como investigação básica

A filosofia do direito como investigação básica sobre a ciência jurídica é o que propôs Viehweg. Sem desconsiderar outros temas e aspectos, o que interessa é a problemática referente à ciência do direito, seus fundamentos, estrutura material e formal. A ciência do direito é entendida como ciência social, porque trata primariamente das relações sociais.

A partir do século XIX, o saber científico se impôs em todas as áreas. Por isso, a filosofia tem de buscar os problemas nas ciências mesmas: "Terá que ocupar-se aqui primordialmente de questões teóricas de fundamentação para as quais dão motivo as ciências especializadas [...] terá que apresentar-se antes de tudo como *filosofia da ciência* ou como *investigação filosófica básica*". (VIEHWEG, 1991b, p. 134). Segue daí que a filosofia deve estar ligada a uma especialidade científica. Dessa forma, a filosofia do direito deve ligar-se à ciência jurídica.

À filosofia do direito cabe colocar-se as seguintes questões: "Que tipo de atividade realiza o jurista dogmático ou o investigador do direito ou o teórico do direito? Onde residem as aqui relevantes diferenças estruturais e funcionais? Como se diferenciam as *formas de falar* e as *formas de argumentação* nos distintos níveis da disciplina jurídica? Como se trata aqui e agora o velho *problema da justiça*? Como deveria ser tratado? [...] Dito brevemente: na época da ciência, o futuro da filosofia do direito reside na filosofia da ciência ou na

investigação filosófica básica". (VIEHWEG, 1991b, p. 134). Dir-se-ia, hoje: a filosofia como epistemologia jurídica.

Para Viehweg, o papel da filosofia do direito modificou-se. Até o começo do século XIX, ela apresentava-se como direito natural (racional), como razão filosofante que fundamentava o direito positivo. Eis que se concebia o direito vigente como sendo constituído pelo direito natural e pelo direito positivo, em que aquele era superior a este. Porém, com a institucionalização e dogmatização do direito, a fundamentação filosófica do direito tornou-se uma tarefa cada vez menos necessária. Agora, cabe à filosofia do direito a investigação básica sobre a ciência jurídica. Não desconhecendo que há outras áreas também importantes como a sociologia jurídica, história do direito, teoria geral do Estado, criminologia, etc. denominadas, por Viehweg, zetéticas especializadas.

A filosofia do direito seria a zetética filosófica.[3] "Por isso, a *filosofia do direito como investigação básica* não deve ser confundida com a doutrina básica de uma dogmática jurídica. Está mais para sua contrapartida. Tem uma função de conhecimento. Não nega que para uma dogmática jurídica seja necessária uma doutrina básica com função primariamente social, porém destrói sua eventual auréola de auto-evidência e se preocupa incessantemente em melhorar a qualidade desta doutrina, através da análise e da crítica". (VIEHWEG, 1991b, p. 136-137).

Conforme Viehweg (1991b, p. 138), "se a dogmática do direito, enquanto pensamento que guia as ações, conduz necessariamente a limitações do pensamento, isto é, ao não questionamento, a zetética do direito, em nome da livre investigação, ou seja, do questionar, tem que protestar objetivamente contra um desnecessário conformismo e evitar um estéril isolamento da dogmática". Se a tarefa da filosofia do direito é aperfeiçoar a dogmática jurídica mediante a investigação livre e crítica, então ela está voltada para uma nova ciência jurídica, que é uma ciência do direito não restritiva e voltada para o

---

[3] Já é clássica a distinção que Viehweg faz entre dogmática e zetética: "[...] chamamos *dogmática* a uma forma de pensamento que se atém a suas premissas (opiniões, dogmas) a fim de estabelecer um esquema de opinião que, como aqui no direito, serve para guiar o comportamento social. Por outro lado, chamamos a uma forma de pensamento não dogmática ou *zetética* quando está sempre disposta a corrigir suas premissas a fim de avançar em uma investigação". (1991b, p. 135).

futuro, porque aberta à investigação das zetéticas especializadas e da zetética filosófica. (1991b, p. 140).

4 A filosofia do direito como filosofia prática

A filosofia do direito é considerada, por muitos autores, entre eles destaca-se Kant, uma parte da filosofia prática. Em sentido kantiano, a filosofia prática tem como tarefa fundamental informar sobre aquilo que devemos fazer. Observe-se que nas visões anteriormente apresentadas, isso não está posto, ao menos de maneira explícita. Tanto Bobbio como Atienza e Viehweg fazem referência a uma teoria da justiça – isto é, a filosofia do direito teria como um dos temas centrais o problema da justiça -, mas não fazem referência à expressão *filosofia prática.*

Para apresentar esse modo de conceber a filosofia do direito, toma-se por base a exposição de Kutschera (1989).

Kutschera divide a filosofia prática em ética e filosofia do direito ou do Estado. À ética cabem as obrigações dos homens entre si e, à filosofia do direito, o direito positivo e as instituições estatais. Para isso, a ética, como uma disciplina normativa, não se limita a descrever as ideias morais que os homens têm de fato, mas também procura conceitualizá-las, explicitá-las e incluí-las em um marco coerente. Trata-se de um trabalho de reconstrução de nossas ideias morais. "Também a filosofia do direito pretende responder à pergunta 'que devemos fazer'; não só descreve as distintas formas de Estado ou sistemas jurídicos, senão que os avalia e oferece assim possíveis metas à ação política". (KUTSCHERA, 1989, p. 279). Tentemos explicitar melhor essa ideia.

Como já mencionado, o objeto da filosofia do direito é o direito positivo – público e privado – e o Estado, porque este impõe aquele. Quanto ao Estado, a filosofia do direito "também se ocupa da essência e das tarefas do Estado, sua organização, e seus meios de pressão e suas relações com os cidadãos, grupos e associações, assim como com outros Estados". (KUTSCHERA, 1989, p. 311). Por isso, para Kutschera, a filosofia do direito também poderia ser denominada de filosofia do Estado ou filosofia política.

No entanto, quando se diz que o objeto da filosofia do direito é o direito positivo, não se deve entender as leis individuais sobre as mais diversas regiões

materiais da conduta humana, mas sim os princípios fundamentais do direito vigente, dos fundamentos e limites do poder estatal, via de regra presentes na Constituição ou Lei Fundamental, documento no qual, geralmente, se expressa a essência e os fundamentos jurídicos do Estado.

O Estado e o direito também são objetos da ciência política, da sociologia política, da teoria do Estado, da teoria política, etc. Em razão disso, há que diferenciá-las, metodologicamente, da filosofia do direito. Para isso, Kutschera, a exemplo do que ocorre na ética, distingue entre investigações descritivas e investigações normativas. As disciplinas antes mencionadas descrevem, comparam e explicam os fenômenos. A filosofia do direito, enquanto investigação normativa, se pergunta pela obrigatoriedade de cumprir o direito positivo. Nesse sentido, como parte da filosofia prática, a filosofia do direito é uma teoria normativa material, porque suas investigações partiriam, não do direito vigente, mas julgariam o direito positivo segundo critérios morais. Não é uma teoria normativo-formal, porque não exclui a valoração dos fundamentos, das metas e tarefas do direito e do Estado. "Assim, pois, a filosofia do direito parte da ideia de que a legitimidade moral fundamenta e põe limites ao direito positivo". (KUTSCHERA, 1989, p. 312).

Nessa perspectiva, uma das tarefas da filosofia do direito seria justificar o suposto de que há um vínculo entre moral e política. Kutschera observa que nem todos admitem esse suposto. Normalmente, afirma-se que critérios políticos como a segurança do Estado, a conservação e aumento da força estatal, a certeza jurídica são independentes de toda e qualquer consideração moral. "Também se afirma que a aplicação dos critérios morais à política é pouco realista e alheia à práxis; as relações concretas não permitem a realização dos ideais morais na prática". (KUTSCHERA, 1989, p. 312). A *razão de Estado* seria o critério fundamental da política, como proposto por Maquiavel, em sua obra *O Príncipe.*

Para Kutschera (1989, p. 313), "[...] a legitimação do político só é possível como legitimação moral e, se queremos justificar o princípio fundamental da 'Razão de Estado', devemos admitir que o Estado mesmo é moralmente valioso e que a ele estão subordinados o valor do indivíduo e de seu bem-estar, tal como fizeram, por exemplo, Fichte e Hegel". Como consequência, tem-se que "[...] o princípio fundamental da filosofia do direito é: *as obrigações morais*

fundamentam e limitam a obrigatoriedade do Direito positivo" ou ainda "os direitos éticos limitam a obrigatoriedade do direito positivo". (p. 314).

Portanto, uma das tarefas principais da filosofia do direito, nessa perspectiva, seria mostrar que os princípios éticos podem ser aplicados à política e que daí se seguem princípios jurídicos fundamentais.

Outro problema central da filosofia do direito é a relação entre liberdade individual e poder estatal. Como conciliar a liberdade dos cidadãos com um poder estatal, que através de leis, impõe limites? Como se justifica a existência de um poder que limita a liberdade mas ao mesmo tempo não satisfaz plenamente os interesses de todos os cidadãos?[4]

Em síntese, a filosofia do direito, como parte da filosofia prática, deve dar conta das relações entre ética, política e direito, tendo como objeto o direito positivo e o Estado.

5 Filosofia do direito *versus* teoria do direito

Filosofia do direito e teoria do direito são saberes de idêntica natureza ou são diferentes? A filosofia do direito é mais ampla ou mais específica que a teoria do direito? Esta é incluída por aquela ou é o contrário? A teoria do direito é o mesmo que teoria geral do direito? Essas são questões que mostram que a relação entre filosofia do direito e teoria do direito não está clara ou bem definida.

Em *Giusnaturalismo e positivismo giuridico,* Bobbio não problematizou essa relação. Para ele, há a filosofia do direito cujos setores são: teoria (geral) do direito ou teoria do ordenamento jurídico, teoria da justiça e teoria da ciência jurídica.

Atienza, como já exposto acima, concebe a teoria do direito como parte da filosofia do direito. Porém, problematiza a distinção entre teoria do direito e teoria geral do direito. E propõe, como solução, que se conceba a teoria do direito como uma ontologia do direito. Assim, se teoria do direito é parte da filosofia e não é teoria geral do direito, então teoria geral do direito e filosofia do direito são disciplinas distintas e autônomas.

[4] Essa, por exemplo, foi uma questão enfrentada por Rousseau, Kant e Hegel.

Para Larenz, há três ciências ou disciplinas que se ocupam do direito: a dogmática jurídica, a sociologia do direito e a história do direito. Como o direito tem uma pretensão normativa, não podem ser ignorados o problema da fundamentação e dos limites da pretensão de validade. Além disso, "ligada a esta está a questão relativa ao 'sentido' do Direito em si, ao 'sentido' dos actos jurídicos, a questão do 'modo de ser' do Direito (a sua 'validade') e, finalmente, a questão acerca de um princípio dador de sentido, chame-se-lhe 'justiça' ou simplesmente 'idéia de Direito'. Pode ser-se de opinião de que a resposta concludente a estas questões transcende a capacidade cognoscitiva humana; no entanto, enquanto *questões*, não podem deixar de ser consideradas". (LARENZ, 1989, p. 224). Dessas questões se ocupa a filosofia. Assim, às três ciências ou disciplinas mencionadas acrescente-se a filosofia do direito.

Do direito também trata a teoria do direito: "O que haja de ser entendido mais precisamente por 'teoria do direito', especialmente a sua delimitação face à filosofia do Direito, é um ponto actualmente muito controvertido". (LARENZ, 1989, p. 224). Portanto, é legítima a questão sobre a relação entre filosofia do direito e teoria do direito.

Larenz invoca vários autores para mostrar que o entendimento sobre o que seja teoria do direito está muito distante do consenso. Arthur Kaufmann não vê diferença entre teoria do direito e filosofia do direito. Ambas são uma crítica da dogmática jurídica. Günter Jahr define a teoria do direito como uma metateoria da dogmática jurídica, uma parte da teoria geral da ciência. Há ainda a concepção tradicional de teoria do direito como "teoria geral do direito", entendida como uma doutrina acerca da estrutura lógica da norma jurídica e dos conceitos formais e suas relações com o modo de pensamento da jurisprudência, presentes em todos os ordenamentos jurídicos. Exemplo desse tipo de teoria do direito é a "teoria pura do direito" de Kelsen. Para Josef Kunz, a teoria do direito é uma teoria do conhecimento do Direito e Werner Krawietz defende que a teoria do direito tem de esclarecer a função social do direito positivo. Werner Maihoffer vai mais longe dizendo que a teoria do direito é uma ciência universal do direito. Larenz nota que, com o avanço da linguística e da hermenêutica, já não é possível manter a tradicional visão de teoria do direito como "teoria geral do direito". Porém, não diz precisamente o que ele entende por teoria do direito. (LARENZ, 1989, p. 224-226).

Em um artigo de 1960, Viehweg (1991c) aborda a relação entre filosofia do direito, teoria do direito e dogmática jurídica. Primeiramente, mostra como tradicionalmente se processava essa relação. A dogmática jurídica pode ser designada como uma opinião jurídica racionalizada acerca do *justum*. Opinião que é necessária para a coesão do grupo social que aspira a persistir no tempo. A dogmática jurídica se constitui de um ou vários dogmas conciliáveis entre si e tidos como inquestionáveis. Assim entendida, ela tem uma função social, qual seja, a de unificar o grupo social. "Para poder cumprir com sua função de unificação é necessário que os mencionados dogmas fundamentais contenham implícita ou explicitamente uma *teoria material do direito* como fundamentação última [...] uma teoria que responda concretamente à pergunta acerca do que é, em última instância, considerado como *justum*". (LARENZ, 1991c, p. 17). Exemplos desse tipo de teoria do direito – que Viehweg chama de teoria do direito no velho sentido – na Idade Moderna, são as teorias de Hobbes, Grotius, Lock e Pufendorf.

Mas como atuava a filosofia do direito nesse contexto? Na análise de Viehweg, tinha um duplo papel. Primeiro: uma teoria material do direito "[...] pressupõe necessariamente ideias jurídico-filosóficas e também experimentos mentais", havendo, portanto, a seguinte conexão: "filosofia do direito-teoria do direito (no velho sentido)-dogmática jurídica. Isso significa: da filosofia do direito resulta uma teoria do direito que, enquanto teoria fundamental, possibilita uma dogmática jurídica". (VIEHWEG, 1991c, p. 21). O segundo papel da filosofia do direito consistia em converter a teoria do direito em objeto de investigação. Ao definir o *justum* a teoria do direito se dogmatiza; a filosofia, porém, continua seu trabalho de crítica, de investigação.

A teoria do direito mudou. No século XX, ela limita-se a ser uma teoria estrutural ou formal do direito: "[...] enquanto que na velha teoria do direito a resposta à questão da justiça estava desde o começo no centro do interesse, a teoria do direito de tipo moderno prefere deslocá-la para um segundo plano. Tem uma atitude especialmente cética com respeito ao problema da justiça". (VIEHWEG, 1991c, p. 22). A teoria pura do direito de Kelsen é paradigmática. O auge dessa nova teoria é o século XX, mas suas raízes estão no pensamento inglês, como, por exemplo, o de Bentham (*The limits of jurisprudence defined*,

1728) e Austin (*The province of jurisprudence determined*, 1832), tendo impulsos no positivismo jurídico e filosófico, do século XIX.

A relação com a dogmática mantém-se, mas modifica-se. A nova teoria do direito se impõe como investigação independente (disciplina autônoma), sem preocupar-se em oferecer um núcleo firme para a dogmática jurídica. Procura contribuir com a dogmática criticamente, falseando suposições básicas, corrigindo conceituações, dando-lhe consistência lógica.

Para Viehweg (1991c, p. 26), ao propor-se como crítica da dogmática jurídica, seu objetivo coincide com a investigação filosófica; ao preocupar-se com o controle da linguagem e a pureza lógica, do ponto de vista metodológico também coincide com a filosofia. Dessa forma, por intenção e método a nova teoria do direito é filosófica.

Como a dogmática jurídica pressupõe uma teoria que fixe um *justum*, a conexão *filosofia do direito-teoria do direito (no velho sentido)-dogmática jurídica* permanece inalterada, sendo que a expressão filosofia do direito poderia ser substituída por uma outra. O que importa é que se continua filosofando, porém de modo diferente das formas do passado. A nova filosofia do direito é uma teoria do direito no novo sentido.

Portanto, para Viehweg, filosofia do direito e teoria do direito são coisas distintas. Porém, no final de sua análise, o jusfilósofo alemão não aponta o que seria hoje uma teoria do direito no velho sentido, ou seja, o que seria hoje uma teoria material do direito que identificasse ou propusesse um núcleo duro (*justum*) como fundamento da dogmática jurídica.

Conclusão

Como frisado na introdução, este trabalho é *sobre* filosofia do direito. Não pretende dizer o que ela *é* tampouco como *deve ser*. Descritivamente, foram expostas diferentes concepções de filosofia do direito: como método, como reflexão metajurídica, como investigação básica da ciência jurídica (epistemologia jurídica) e como filosofia prática. A comparação entre essas concepções, identificando semelhanças e diferenças, evidencia a natureza epistêmica aberta da filosofia do direito. O que remete à velha questão: Que é a

filosofia? E, por conseguinte, que é a filosofia do direito? Essa questão continua atual.

Em que pese os diferentes modos de concebê-la, a filosofia do direito está consolidada como disciplina autônoma e, paradoxalmente, unitária. Em primeiro lugar, em razão de alguns temas considerados de competência da filosofia do direito, como, por exemplo, a questão da justiça e da natureza epistêmica da ciência jurídica. Em segundo, porque a investigação do direito não se esgota na dogmática jurídica, na sociologia, na teoria e na história do direito. Em terceiro, porque não há certezas inabaláveis ou definitivas. Há que se ter um tipo de saber predisposto a questionar tudo aquilo que é produzido pelo pensamento jurídico. A filosofia do direito tem a função indispensável de desdogmatização. Ela opera mediante a dialética *pergunta-resposta-fundamentação-consequências-pergunta-resposta...*

Referências

ATIENZA, Manuel. *Introducción al derecho.* Barcelona: Barcanova, 1985.

BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. 3. ed. Milano: Comunità, 1977.

CALSAMIGLIA, Albert. *Introducción a la ciencia jurídica.* 3. ed. Barcelona: Ariel, 1990.

GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme.* 2. ed. Torino: G. Giappichelli, s./d.

KUTSCHERA, Franz von. *Fundamentos de ética.* Trad. de Maria Teresa Hernán-Pérez. Madrid: Cátedra, 1989.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* Trad. de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

MOULINES, C. Ulises. *Pluralidad y recursión:* estudios epistemológicos. Madrid: Alianza, 1991.

VIEHWEG, Theodor. Algunas observaciones sobre la filosofía del derecho de Gustav Hugo. In: ______. *Tópica y filosofía del derecho.* Trad. de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1991a. p. 86-98.

VIEHWEG, Theodor. Sobre el futuro de la filosofía del derecho como investigación básica. In: ______. *Tópica y filosofía del derecho.* Trad. de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1991b. p. 128-140.

VIEHWEG, Theodor. Sobre la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica. In: ______. *Tópica y filosofía del derecho.* Trad. de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1991c. p. 15-28.

EDUCS